Die Scheidung der vorsätzlichen Tötungsdelikte.

Ein Beitrag zur Gesetzgebungsfrage.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

behufs

Erlangung der juristischen Doktorwürde

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Georg Opitz,
Referendar.

Breslau 1905.
Schlesische Druckerei-Genossenschaft, e. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Correferent: Professor Dr. Beyerle.

O. Fischer, Prodekan.

MEINEN ELTERN.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543101_0136

I. Einleitung.

Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung der Scheidung.

Die Scheidung der vorsätzlichen Tötungsdelikte in Mord und Totschlag[1]) als die schwerere und leichtere Art des Verbrechens ist germanischen Ursprungs. Dem römischen Recht ist sie fremd.

Das älteste und bekannte – dem König Numa beigelegte – Mordgesetz, hat für die vorsätzliche Tötung nur einen einzigen Ausdruck, das parricidium – die „böse Tötung".[2]) Später, und zwar bereits vor Sulla[3]) wird der Begriff „parricidium" auf die vorsätzliche Tötung eines nahen Verwandten eingeschränkt. Das grundlegende Mordgesetz der Folgezeit ist die „lex Cornelia"[4]). Jede absichtliche Tötung fällt unter dieses Gesetz. Auf die Tötungsabsicht wird so grosser Wert gelegt, dass deren Betätigung für den Strafbegriff auch dann schon genügt, wenn der Zweck nicht erreicht worden ist.[5]) Eine Abstufung der einzelnen Tötungsdelikte besteht nicht. Indessen bringen kaiserliche Reskripte Strafmilderungsgründe[6]), die die Tötung in der augenblicklichen Auf-

[1]) vgl. §§ 211, 212 des Reichsstrafgesetzbuches.

[2]) Th. Mommsen, römisches Strafrecht. Leipzig 1899. S. 612, 613.

[3]) Ebenda S. 644.

[4]) D. ad. leg. Corneliaus de sicariis et veneficiis (48,8).

[5]) l. 1 § 3 D. 48,8: Divus Hadrianus rescripsit eum, qui hominem occidit, si non occidendo animo hoc admisit, absolvi posse, et qui hominem non occidit, sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum. (Vgl. auch Mommsen a. a. O. S. 627.)

[6]) l. 39 § 8 D. 48,5: Imperator Marcus Antoninus et Commodus filius rescripserunt: ‚Si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris interfecerit, non utique legis Corneliae de sicariis poenam excipiet.' Nam et divus Pius in haec verba rescripsit Apollonio: ‚Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum iustum dolorem temperare et quia plus fecerit, quam quia vindicare se non debuerit, puniendus sit.' Ferner l. 4 Cod. 9,9 (betreffend die Tötung des Ehebrechers.)

regung berücksichtigen.[1]) Der Allgemeinbegriff des vorsätzlichen Tötungsverbrechens in der römischen Kaiserzeit ist das homicidium.

Bei den germanischen Völkerschaften ist die Scheidung der Tötungsverbrechen in Mord und Totschlag eine althergebrachte. Der Mord (gotisch maurpr, althdtsch. mordar, angelsächsisch morder, englisch murther, altnordisch moret)[2]) ist die heimliche, der Totschlag (althdtsch. slahta, manslahta, angelsächsisch slege, altnordisch vîg oder drâp, mandrâp),[3]) die offene Tötung. Nach den älteren Gesetzen[4]) liegt Mord dann vor, wenn der Täter den Leichnam verbirgt oder vernichtet, überhaupt, wenn er die Spuren seiner Tat verwischt.[5]) Aus dem Benehmen des Täters nach der Tat wird auf die Absicht des Täters geschlossen.[6]) Das Verbergen des Leichnams ist für die Heimlichkeit der Tat massgebend.[7])

Dem Totschlag fehlen die typischen Merkmale der Heimlichkeit. Der ist schlechthin ein Totschläger, der den Tod eines Menschen verursacht. Tötungsabsicht ist nicht erforderlich.[8])

---

[1]) Vergl. Mommsen a. a. O. S. 627, der im Hinweis auf l. 11 § 2 D. 48,19 und l. 17. D. 48,8 folgert, dass der Ausschluss der Prämeditation strafmildernd gewirkt habe. Dagegen behauptet Allfeld (Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina, Leipzig 1877 S. 30), dass eine allgemeine Berücksichtigung des Affekts aus den Quellen nicht bewiesen werden könne.

[2]) J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer. 4. Aufl. 1899, III. Bd., S. 179.

[3]) Vgl. Grimm ebenda.

[4]) Noch die fränkische Zeit fand das unterscheidende Merkmal zwischen Mord und Totschlag ausschliesslich in der Verbergung des Leichnams. (Vgl. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1902, S. 354.

[5]) Wilda, das Strafrecht der Germanen, Halle 1842, S. 706, ferner Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Leipzig 1892, II. Bd., S. 627.

[6]) Vgl. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 1892, II. Bd., S. 627.

[7]) So auch Jarke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Berlin 1830, III. Bd., S. 213. Anders dagegen Wilda, das Strafrecht der Germanen, a. a. O. S. 708. Hiernach hätten schon die alten Germanen unter Mord die Tötung in diebischer und heimlicher Weise verstanden. Dies Verbergen des Leichnams sei nur die gewöhnliche Art gewesen, wie der Mörder seine Tat zu verbergen gesucht habe. Nach Schröder (Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, Leipzig 1902, S. 354) trifft das nur für das longobardische Recht zu.

[8]) Vergl. Brunner a. a. O., S. 629, 630.

Folgende Quellenstellen sind für das eben Gesagte von Belang.

a) Lex Salica.[1])

Tit. XLI. De homicidiis a contubernio factis.

1. Si quis ingenuo franco aut barbarum, qui legem salega vivit occiderit cui fuerit adprobatum VIII. M. dinarios qui faciunt solidos CC culpabilis indicetur.

2. Si vero eum in puteum aut sub aqua miserit aut de rammis aut de quibuslibet rebus celaturus texerit, XXIV. M. dinarios qui faciunt solidos DC culpabilis indicetur.

b) Lex Ribuaria.[2])

Tit. VII. De homicidio. Si quis hominem ingenuum Ripnarium interfecerit, CC solidis culpabilis indicetur . . .

Tit. XV. De homine mordrido. Si quis ingenuus ingenuum Ripuarium interfecerit et eum cum ramo cooperuit, vel in puteum seu in quocunque libet loco celare voluerit, quod dicitur mordridus DC solidis culpabilis indicetur.

Die lex Salica kennt somit keine besondere Bezeichnung für den Mord, sie stuft indessen in gleicher Weise wie die lex Ribuaria die Tötungsverbrechen ab, indem sie für den schwereren Fall eine dreifach höhere Busse als Strafe androht, als für den einfachen Fall der Tötung.

c) Lex Baiuvariorum.[3])

Tit. XIX. cap. II.

Si quis liberum occiderit furtibo modo et in flumine eiecerit vel in tale loco eiecerit, ut cadaver reddere non quiverit, quod Baiuvarii murdrida dicunt: imprimis eum XL. solidis componat, eo quod funus ad dignas obsequias reddere non valet, postea vero eum suo veragildo componat.

d) Lex Frisionum.[4])

Tit. XX. de mordrido.

§ 2. Si quis hominem occiderit et absconderit, quod mordridum vocant, novem veregildos componat.

---

[1]) Behrend. Lex Salica, 2. Aufl., Weimar 1897, S. 79.

[2]) Gengler, German. Rechtsdenkmäler, Erlangen 1875, S. 310 ff.

[3]) Gengler a. a. O. S. 376. [4]) Gengler a. a. O. S. 421.

Das Verbergen des Leichnams, überhaupt die Heimlichkeit der Tat fiel deshalb bei den Germanen erschwerend ins Gewicht, weil die Heimlichkeit verächtlich erschien. Sie war mit der germanischen Rache unverträglich.[1]) Wer seine Tat verheimlichte, sie leugnete, verschlimmerte seine Lage, weil man alsdann kein sittliches Motiv der Tat annahm.[2]) Im Norden musste daher der Totschläger, wollte er für keinen Mörder angesehen werden, sich öffentlich zu der geschehenen Tat bekennen.[3])

Dieselben Grundsätze finden wir später im Schwabenspiegel[4]) wieder: a 174 lautet:

Morder heizzen wir die swer ein mensche toetet und er dez lovgenot. wirt er sin uberwunden mit gezugen. oder mit kamphe. wen sol in radebrechen. wir heizzen auch die morder. swer mit dem andren izzet und trinket. unde in gutlich gruzet. sleht er in ane schulde, daz ist ein mort. unde wen sol in radebrechen.

Die italienische Doktrin, die an l. 11 § 2 Dig. 48,19 (delinquitur autem aut proposito aut impetu aut casu) anknüpft, vermischt römischrechtliche Grundsätze mit deutschrechtlichen, indem sie die vorsätzliche Tötung, das homicidium der Römer, in überlegte Tötung einerseits, und im Affekt begangene anderseits unterscheidet.[5]) Auf dieser Grundlage steht die peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., die im a. 137 bestimmt:[6]) „Item eyn jeder mörder oder todtschläger, wo er desshalb nit rechtmessig entschuldigung aussfüren kann, hat das Leben verwürckt. Aber nach gewonheyt etlicher gegent, werden die fürsetzlichen mörder und die todtschläger eynander gleich

---

[1]) Wilda, ebenda S. 159.

[2]) Wilda, ebenda S. 711. Nach Wilda liegt also bereits dem ältesten germanischen Strafrecht ein sittliches Prinzip zu Grunde.

[3]) J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer a. a. O. S. 180.

[4]) Ausgabe von v. Lassberg, Tübingen 1840, S. 83.

[5]) Ph. Allfeld. Die Entwicklung des Begriffes Mord a. a. O. S. 87.

[6]) Corpus iuris Germanici. Ausgabe von Emminghaus. 2. Aufl. 1844. S. 195.

mit dem radt gericht, darinnen soll underscheydt gehalten werden. Und also, dass der gewonheyt nach, ein fürsetzlicher mutwilliger mörder mit dem rade, und eyn ander der eyn todtschlag (oder) auss gecheyt und zorn gethan, und sunst auch gemelte entschuldigung nit hat, mit dem schwert vom leben zum todt gestrafft werden sollen; und man mag inn fürgesetztem mordt, so der an hohen trefflichen personen des thetters eygen herrn, zwischen eheleuten oder nahend gesipten freunden geschicht, durch etlich leibstraff, als mit zangen reissen oder aussschleyffung vor der entlichen tödtung, umb grösser forcht willen die straff meren".

Hiernach liegt Mord dann vor, wenn jemand ohne rechtfertigenden Grund vorsätzlich einen anderen tötet, Totschlag aber dann, wenn die Tötung im Zorn erfolgte. Gleichgültig ist es für den Tatbestand des Totschlags, ob Tötungsvorsatz vorlag oder nicht.[1])

Die Doktrin des 17. und 18. Jahrhunderts verschmilzt diese Grundsätze mit denen des römischen Rechts noch enger dadurch, dass sie für Mord und Totschlag in gleicher Weise den animus occidendi verlangt, indessen anderseits unterscheidet einen dolus directus, der auf Tötung zielt, und in einen dolus indirectus, der eine tötliche Verwundung anstrebt. Diese Lehre, die im Ursprung auf einen Grundsatz Thomas' von Aquino zurückzuführen ist, wird hauptsächlich von Carpzov und Böhmer vertreten.[2])

Einen vollkommenen Umschwung in der Anschauungsweise bringt die Aufnahme der Prämeditation als Scheidemerkmal zwischen Mord und Totschlag. Nach dem Vorgange Toskanas[3]) findet dieser neue Grundsatz Aufnahme in die französische Gesetzgebung, den code pénal der

---

[1]) Wachenfeld, Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie der vorsätzlichen Körperverletzung mit tötlichem Ausgange in der Gesetzgebung seit der Mitte des 18. Jahrhunderts, Marburg 1890, S. 20.

[2]) Vgl. Wachenfeld, a. a. O. S. 23 ff.: „Thomas von Aquino demonstrierte an dem Beispiele des sich Betrinkenden, dass es sowohl eine causa peccati directe als indirecte voluntaria gebe."

[3]) Ges. vom 30. November 1786.

gesetzgebenden Versammlung[1]) und in den Napoleons,[2]) wird von da in die Gesetzgebungen der romanischen Länder und durch Vermittlung Bayerns[3]) in die Gesetzgebungen der deutschen Einzelstaaten übernommen und beherrscht seit seiner Aufnahme in das Strafgesetzbuch des russischen Reiches vom 15. August 1845[4]) die Rechtsanschauung des gesamten Kontinents.[5])

Dieser innerhalb eines halben Jahrhunderts vollendete, in der Rechtsgeschichte wohl einzig dastehende, rasche „Siegeszug“[6]) des genannten Rechtsgrundsatzes scheint — allein dem Erfolge nach zu urteilen — die Billigung der gesamten Rechtspflege hinter sich zu haben und eine grosse Gewähr zu sein für die Güte des die vorsätzlichen Tötungen scheidenden Kriteriums. Dennoch dürfte es im Hinblick darauf, dass zwei moderne Gesetzesentwürfe, nämlich der russische[7]) und der schweizerische[8]) und nunmehr auch das neue russische Strafgesetzbuch vom Jahre 1903 diesen Grundsatz auf die Anregung namhafter Gelehrter[9]) hin, aufgegeben haben, nicht ohne

---

[1]) Ges. v. 6. Oktober 1791.

[2]) Ges. v. 27. Februar 1810.

[3]) Allg. Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern v. 16. Mai 1813 a. 142 ff.

[4]) §§ 1920 ff.

[5]) Wachenfeld, Die Begriffe von Mord und Totschlag a. a. O. S. 278.

[6]) Wachenfeld, ebenda.

[7]) Entwurf der Redaktionskommission. Besonderer Teil. Verbrechen gegen die Person. Uebersetzt und an der Hand der Motive erläutert von Gretener, Berlin 1885 a. 1 ff.

[8]) Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896. Endgültige Fassung vgl. im „Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betr. Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches“, Bern 1903.

[9]) Vor allen v. Holtzendorff im Handbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1872, S. 426 ff. Derselbe in seiner Abhandlung „Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe,“ Berlin 1875, S. 281 ff. Derselbe in der Sammlung gemeinverständlicher wissenschaftlicher Vorträge, Berlin 1875: Die Psychologie des Mordes.“

Schon vorher war gegen die übliche Scheidung eingetreten John, und zwar in v. Holtzendorffs allg. deutscher Strafrechtszeitung, Bd. 6

Nutzen sein, den Zweifeln nachzugehen, ob das psychologische Kriterium der vorsätzlichen Tötungsverbrechen bei einer künftigen Revision des Reichsstrafgesetzbuches beizubehalten ist.

II.

Die Scheidung der vorsätzlichen Tötungsdelikte im Reichsstrafgesetzbuch und im code pénal.

Es ist zunächst zu berücksichtigen, dass in den zur Zeit geltenden Strafgesetzbüchern des Kontinents das psychologische Kriterium der vorsätzlichen Tötungsdelikte allerdings allgemein zur Geltung gekommen ist, dass indessen die einzelnen Fassungen des Begriffes keine einheitlichen Werte bergen.

Das Reichsstrafgesetzbuch bestimmt:

§ 211. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

§ 212. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Ueberlegung ausgeführt hat, wegen Totschlags mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

1866: „Die Bestimmungen der deutschen Strafgesetzbücher über Mord und Totschlag“ S. 323 ff.; ferner in seinem Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund 1868 zu §§ 136 ff.

Später A. Merkel in v. Holtzendorffs „Rechtslexikon“ III. Aufl. 1881 unter „Mord“ und „Totschlag“.

Die Grundzüge des schweizerischen Entwurfs gibt wieder Stooss, die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, II.Bd., Basel 1893, S. 1 ff.

Die Motive zum russ. Entwurf sind redigiert von Tanganzeff. **Für** den russ. Entwurf tritt ein R. Schütze ‚zur Kritik des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für Russland, besonderer Teil‘, im Gerichtssaal Bd. XXXVIII. 1886, **gegen** die neue Einteilung S. Mayer, ‚zum Entwurf eines russischen Strafgesetzbuches‘ in Goltdammers Archiv Bd. 34, Jahrg. 1886. Von neueren Positivisten greift das Kriterium der Prämeditation an Garofalo ‚Criminologia, studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione‘, Torino 1885, S. 428 ff. Seinen Gedankengang nimmt auf Garrand ‚traité théorique et pratique du droit pénal français‘ IV tome Paris 1891, S. 202 ff.

Der code pénal bestimmt:

a. 295. L'homicide commis volontairement est qualifié meurtre.

a. 296. Tout meurtre, commis avec préméditation ou de guet-apens est qualifié assassinat.

a. 297. La préméditation consiste dans le dessein formé, avant l'action, d'attenter, à la personne d'un individu déterminé, ou même de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein formé serait dépendant de quelque condition.

a. 298. Le guet-apens consiste a attendre plus ou moins de temps, dans un ou divers lieux, un individu, soit pour lui donner la mort, soit pour exercer sur lui des actes de violence.

Hiernach gebraucht der code pénal die technischen Ausdrücke homicide commis volontairement, assassinat und meurtre in gleicher Weise, wie das Reichsstrafgesetzbuch die Ausdrücke vorsätzliche Tötung, Mord und Totschlag.

In der Fassung der Mord- und Totschlagsbegriffe fallen nun folgende Abweichungen auf:

1. Die deutsche Gesetzgebung sieht in den Begriffen Mord und Totschlag verschiedene Arten der vorsätzlichen Tötung und spezialisiert diesen letzteren Gattungsbegriff durch die Merkmale „mit Ueberlegung" einerseits und „nicht mit Ueberlegung" andererseits. Die französische Gesetzgebung hingegen charakterisiert den Gattungs-Begriff der vorsätzlichen Tötung (homicide volontairement commis) als Totschlag (meurtre) und hebt den Mord (assassinat) als eine Art des Totschlags ab, indem sie ihn durch die Merkmale „commis avec préméditation ou de guet-apens" kennzeichnet.[1]) Die Abweichung ist theoretischer Natur. Die Praxis wird durch sie nicht berührt.

---

[1]) Der code pénal von 1791 bestimmte übrigens im Gegensatze zum jetzt geltenden französischen Strafgesetzbuch:

a. 8. L'homicide commis sans préméditation sera qualifié de meurtre.

a. 11. L'homicide commis avec préméditation sera qualifié d'assassinat.

Nach beiden Gesetzbüchern ist auf Totschlag zu erkennen, wenn die Geschworenen bei einer Anklage wegen Mordes die erste Frage nach vorsätzlicher Tötung bejahen, die zweite Frage, ob die Tat mit Ueberlegung ausgeführt bezw. mit préméditation oder guet-apens begangen sei, verneinten.[1])

Weiterhin nennt der code pénal abweichend vom Reichsstrafgesetzbuch zwei Merkmale des Mordes, die er gleichwertig nebeneinander setzt: préméditation und guet-apens. Auch diese Abweichung ist belanglos. In Wirklichkeit sind diese Merkmale nicht gleichwertig, der guet-apens ist vielmehr eine Art der préméditation: „N'est ce pas un acte de préméditation que de ce placer en embuscade pour attendre sa victime?[2])

Nach der Entscheidung des französischen Kassationshofes[3]) liegt daher ein Fehlspruch der Geschworenen vor, wenn diese die Frage nach guet-apens bejahen, die nach préméditation aber verneinen. Infolgedessen ist denn auch das Merkmal des guet-apens, das sein Dasein im code pénal wohl nur der Scheu vor der Beseitigung des Althergebrachten verdankt, in eine Anzahl von Gesetz-

[1]) John in v. Holtzendorffs allg. deutscher Strafrechtszeitung 1866 a. a. O. S. 323 ff., ferner Schwarze Kom. zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 1873 3. Aufl. zu § 212 S. 534. Olshausen Kommentar zum St. G. B. 5. A. 1897 zu § 212 a 1. Berner, Lehrbuch des Strafrechts 18. Aufl. 1898 S. 515, Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts 1902 I. Bd., S. 28.

[2]) Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, Théorie du code pénal. tome III. No 1081.

Aehnlich Garraud, ‚Traité théorique et pratique du droit pénal français' IV. tome, Paris 1891 S. 262, ferner I.—J.—C. Nypels, Legislation criminelle de la Belge. Bruxelles 1872. titze VIII. cap 1. No 12. Auch Mittermaier in Goltdammers Archiv Bd. II, S. 148 und Stooss, die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts II. Bd. S. 6.

[3]) Chauveau Adolphe et Faustin Hélie a. a. O.: La cour de cassation a donc jugé avec raison (4. Juin 1812) que le guet-apens ne peut exister sans préméditation, et qu'il la suppose essentiellement que par consequent la déclaration du jury pourtant qu'il y a quel apens mais qu'il n'y a eu préméditation, contient un contradiction qui en détruit les partis substantielles, et lui ôte tous sens et tout résultat.

bücher nicht aufgenommen worden, die im übrigen ihre Abhängigkeit von dem französischen Strafgesetzbuch nicht verleugnen.[1])

3. Einschneidender ist die Abweichung beider Gesetzgebungen in der Auffassung des psychologischen Kriteriums. Die préméditation des code pénal ist der Ueberlegung des Reichsstrafgesetzbuches nicht synonym. Dem letzteren Begriff entsprechen vielmehr die französischen Ausdrücke méditation, réflexion, délibération. Die préméditation bedeutet, wie wir aus der im a. 297 festgelegten Definition und aus dem gewählten Ausdruck selbst ersehen, etwas anderes. Sie ist die im Hinblick auf die verbrecherische Tat aufgewendete verstandesmässige Tätigkeit, die der Verbrecher der Handlung voraufgehen lässt, und die zum Abschluss gekommen ist, bevor der Uebeltäter Hand an sein Opfer legte. Die planmässige Ausführung ist die typische Form dieser prämeditierten Tötung.[2]) Die übliche deutsche Uebersetzung „Vorbedacht“[3]) sucht ihrem Wesen gerecht zu werden. Das Reichsstrafgesetzbuch betont nicht die der Tat voraufgehende psychische Tätigkeit. Der gewählte Ausdruck – Ueberlegung – enthält nichts davon. Auf eine Definition hat der Gesetzgeber verzichtet, die Auslegung des Begriffes ist also der Wissenschaft überlassen. Letztere ist, wie wir weiter unten sehen werden, über den Inhalt des Ueberlegungsbegriffes uneins. Weniger Zweifel herrschen darüber, welcher Zeitpunkt für die Feststellung der Ueberlegung massgebend sei, nachdem

---

[1]) Vgl. code pénal belge v. 15. 10. 67 a. 394, des Kantons Freiburg a. 122 und das italienische Strafgesetzbuch vom 20. Juni 1889 a. 336.

[2]) Chauveau Adolphe et Faustin Hélie a. a. O. No. 1082: L'agent délibère avant que d'agir, il murit son projet, il le prépare; un temps plus ou moins long s'est écoulé entre le projet et l'exécution.

[3]) Sie fand sich in den Straf- bezw. Kriminalgesetzbüchern von Bayern, (16. 5. 1813) a. 146, Württemberg, (1. 3. 1839) a. 237. Königreich Sachsen, (30. 3. 1838) a. 121. Sachsen-Altenburg (3. 5. 1841) a 121, und anderen Gesetzbüchern der deutschen Einzelstaaten. Sie ist gegenwärtig noch verwendet in den Strafgesetzbüchern einzelner schweizerischer Kantone: Thurgau a. 58, Aargau § 107.

das Reichsstrafgesetzbuch im bewusstem Gegensatz zum preussischen Strafgesetzbuch vom 14. 5. 1851 [1]) bestimmt hat, dass es auf den Zeitpunkt der Ausführung ankomme. Es ist nun der gemeinen Meinung beizupflichten, die es für erforderlich hält, dass die Ausführung im wesentlichen von Ueberlegung geleitet, durch sie beherrscht werde.[2])

Die Folge der verschiedenen Auffassung des psychologischen Kriteriums ist, dass sich in den genannten Gesetzgebungen die für Mord und Totschlag festgelegten Begriffe nicht decken. Es sind Fälle denkbar, in denen eine prämeditierte Tötung nicht mit Ueberlegung ausgeführt ist, wo also assassinat, nicht aber Mord im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches anzunehmen ist, und anderseits braucht eine Tötung, die mit Ueberlegung ausgeführt ist, nicht notwendig prämeditiert zu sein; es kann also sehr wohl ein Mord im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches vorliegen, der nach dem code pénal als meurtre zu beurteilen wäre.

Ein Beispiel für den ersteren Fall führt uns Nypels [3]) an: Un fermier se trouvant avec plusieurs individus dans un cabaret, s'adresse a l'un d'eux pour réclamer le payement d'une somme d'argent. Le débiteur niant effrontément l'existence de la dette, une dispute s'engage et le fermier dans une agitation violente, augmentée par l'effet de la boisson, menace de sa vengeance son déloyal débi-

---

[1]) Vergl. § 175. Wer vorsätzlich und mit Ueberlegung einen Menschen tötet begeht einen Mord ...

§ 176. Wer vorsätzlich, jedoch nicht mit Ueberlegung tötet, begeht einen Totschlag....

Dass von dieser Fassung bei der Redigierung des Reichsstrafgesetzbuches mit Absicht abgewichen worden ist, betonen die Motive ausdrücklich (vgl. Motive zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund im stenogr. Bericht über die Verhandlungen des Reichstages des norddeutschen Bundes III. Bd. 1870, S. 70.)

[2]) Vergl. Merkel im Rechtslexikon a. a. O. unter ‚Mord', ferner Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 4. Aufl. 1888, S. 515, Olshausen, Kommentar zu § 211 No. 5, vor allem Entscheidung des R. G. v. 6. 6. 1899, Bd. 32 S. 254. Dagegen nimmt Schütze (Lehrbuch des deutschen Strafrechts 2. Aufl. 1874, S. 383) an, dass es genüge, wenn nur am Anfang der Ausführung Ueberlegung vorherrschte.

[3]) legislation crim. de la Belge t. III. S. 200.

teur. Il quitte subitement la compagnie, cherche, dans sa maison voisine du cabaret, une à arme feu, et, de retour, il tue son adversaire, dans ce même mouvement d'emportement qui avait donné naissance à la résolution criminelle. Es musste in diesem Falle die Verurteilung wegen assassinat erfolgen, da der verbrecherische Wille, zu töten, sich bereits längere Zeit vor der Ausführung des Verbrechens gebildet hatte, und die Tat selbst planmässig begangen worden war. Dass ein Affekt die Ausführung beherrschte und ruhige Ueberlegung nicht aufkommen liess, konnte bei strenger Auslegung der im a. 297 gegebenen Definition schlechterdings nicht berücksichtigt werden. Nach dem Reichsstrafgesetzbuch hätte die Berücksichtignng dieses letzteren Gesichtspunktes notwendig zur Verurteilung wegen Totschlags führen müssen. Die Verurteilung wegen Mordes ist nach dem Reichsstrafgesetzbuch selbst dann noch nicht unbedingt gegeben, wenn der Tat ruhige Ueberlegung vorausging. Denn die Ausführung braucht nicht notwendig auf diese ruhige Ueberlegung zurückzuführen sein, sondern kann durch einen plötzlich auftretenden Affekt oder eine ebensolche Verwirrung der Sinne verursacht sein: A. trägt sich schon längere Zeit mit dem Gedanken, seine ihm lästige Geliebte zu töten. Er hat auch bereits sein Vorhaben reiflich erwogen. Da veranlasst ihn ein plötzlicher Streit mit seiner Geliebten, diese im Zorne eher, als er beabsichtigt hat, niederzustechen. In einem anderen Falle begleitet X. den Briefträger B., der von der Agentur im Dorf die Tageseinnahme nach der Bahnpost abliefert, zum Bahnhof, um ihn unterwegs mit dem mitgebrachten Beile niederzuschlagen und zu berauben. Er führt indessen sein Vorhaben auf dem einsamen, finsteren Wege zum Bahnhof nicht aus. Dort angekommen, wirken die grellen Lichter des gerade einfahrenden Zuges und dessen Getöse so verwirrend auf ihn, dass er schnell entschlossen den tötlichen Streich führt und alsbald von dem Tatorte forteilt, ohne den beabsichtigten und durch die Tötung bezweckten Raub auszuführen. Nach dem code pénal würde in beiden Fällen assassinat vorliegen, da das Vorhaben

prämeditiert ist, nach dem Reichsstrafgesetzbuch sind es Totschlagsfälle, da die Ausführung nicht überlegt ist. Die französisch-rechtliche Auffassung legt nicht entscheidenden Wert darauf, dass der Entschluss, der in die Tat umgesetzt wurde, auf die geforderte psychische Tätigkeit zurückzuführen ist, sie begnügt sich vielmehr mit der blossen Feststellung der der Tat vorausgegangenen verstandesmässigen Tätigkeit. Die Auffassung des Reichsstrafgesetzbuches fordert, dass der endgültige Entschluss der Ueberlegung entspringt, durch sie charakterisiert wird.[1] [2])

Analog den eben betrachteten Beispielen müssen jene Fälle nach beiden Gesetzgebungen zu verschiedenen Erkenntnissen führen, in denen die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt wurde, ohne prämeditiert zu sein. Ein Beispiel für einen derartigen Fall finden wir gleichfalls bei Nypels;[3]) Un chiffonier parcourant le pays, arrive devant une maison de champagne qui a toute l'apparence d'être inhabitée. Il s'introduit au rez de-chaussée par la cour et y cherche des chiffons. Tout à coup une dame descendant l'escalier se présente et lui enjoint de sortir. L'individu sans hésiter, somme la dame de lui remettre l'argent qui se trouve dans la maison, et, sur le refus de cette personne, il lui porte, avec son bâton ferré, plusieurs

---

[1]) Nach richtiger Ansicht ist die Ueberlegung Merkmal des Entschlusses, nicht des Vorsatzes. Es gibt keine Verschiedenheit des Tötungsvorsatzes bei Mord und Totschlag. Vergl. vor allen Binding. Die Normen und ihre Uebertretung, 1877 II. Bd., S. 508, 509, auch Wachenfeld, Die Ueberlegung in unserem heutigen Mordbegriff, Inaug.-Diss. Göttingen 1887, S. 20. Unzutreffend Oppenhoff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich 13. A. zu § 211 No. 11 und Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1898, 18. Aufl., S. 504, welche der Ansicht sind, dass die Ueberlegung den Vorsatz qualifiziere.

[2]) Das Strafgesetzbuch von Thurgau (a. 59) bezeichnet den als Mörder, „wer die Tötung eines Menschen mit überlegtem Entschlusse verübt oder zwar im Affekte, aber infolge eines mit Vorbedacht gefassten fortdauernden Entschlusses.“ Dieses Gesetz vermengt beide Anschauungen.

[3]) a. a. O. S. 200.

coups qui l'étendent par terre". Es konnte nur auf meurtre nicht aber auf assassinat erkannt werden, weil der Lumpensammler das Grundstück nicht mit der Absicht betreten hatte, den Bewohner zu töten, sondern erst, durch die günstige Gelegenheit verlockt, die Tat sofort vollführte. Letztere entsprang nicht einem überlegten Plan, vielmehr gesellte sich die Ueberlegung erst der Ausführung bei. Nach Auffassung des Reichsstrafgesetzbuches hätten die Geschworenen die Schuldfrage nach Mord bejahen müssen.

III.

Das Kriterium der préméditation.

Binding[1]) behauptet, dass der durch die Prämeditation charakterisierte Mordbegriff dem durch die überlegte Ausführung gekennzeichneten an innerer Folgerichtigkeit überlegen sei. Er begründet seine Ansicht damit, dass dem Mörder, wenngleich er während der Tat, infolge seiner Erregung, die ruhige Verstandesoperation nicht fortsetzen könne, gleichwohl das Bewusstsein seines Frevels nicht verloren gehe. Nun ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nach Binding selbst[2]) dem Vorsatz schlechthin wesentlich, mithin in gleicher Weise Voraussetzung von Mord und Totschlag. Es kann also hier nur das durch die vorausgegangene psychische Tätigkeit gesteigerte und vertiefte Bewusstsein des Frevels gemeint sein. Dieses wohnt indessen dem Verbrecher, der eine prämeditierte Tötung ohne Ueberlegung ausführt, im Augenblicke der Tat keineswegs inne. Wenn das Binding behauptet, so drückt er den Affekt oder die Ueberraschung in den oben gegebenen Beispielen zur Veranlassung der Tat herab. Derartige Affekte und

[1]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, II. Aufl. 1902, S. 27.

[2]) Lehrbuch a. a. O. S. 26 a. 5, auch „die Normen und ihre Uebertretung" 1877, S. 403.

Ueberraschungen sind aber mehr als blosse Reize; sie erregen einen intensiveren Gefühls-, Vorstellungs- und Willensverlauf, in welchem die Wucht der für und gegen die Tat sprechenden Motive im Vergleich zu der vorausgegangenen ruhigen Denktätigkeit sich verändert, überhaupt das innere Gleichgewicht sich verrückt, und die zum Verbrechen treibenden Beweggründe leichter zum Durchbruch kommen. Wir können in unseren gegebenen Beispielen nicht mit Sicherheit annehmen, dass A. seine lästige Geliebte, X. den Briefträger auch wirklich ihrem Vorhaben gemäss ermordet hätten, wenn der Affekt oder die Verwirrung der Sinne ausgeblieben wäre. Es liegt vielmehr nahe, den Entschluss zur Tötung eher auf die durch den Affekt oder die Verwirrung veränderten Vorstellungen und die dadurch bedingten Gedankenoperationen, als auf die der Tat lange vorausgegangenen Erwägungen zurückzuführen; im Falle des X schon deshalb, weil er die Absicht zu rauben, die vor der Tötung das treibende Motiv war, bei und nach der Tat nicht ausführte. Die Erwägungen, die der Täter der Tat vorausgehen liess, können aber nur dann ins Gewicht fallen, wenn der Entschluss zur Tat auf Grund dieser Erwägungen gefasst wurde.[1]) Werden also A. und X. als Mörder bestraft – und bei Zugrundelegung des durch die Prämeditation charakterisierten Mordbegriffes ist das unausbleiblich – so wird ihnen die vor der Tat gezeigte, in dieser Form nicht zur Tat gewordene verbrecherische Gesinnung zur Schuld angerechnet. Da aber nicht die verbrecherische Gesinnung an sich, sondern nur die in die Tat umgesetzte zu bestrafen ist,[2]) so liegt die grössere

---

[1]) Vgl. Stooss, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts Basel 1893, II. Bd. 2, S. 7.

[2]) Köstlin. Die Lehre vom Mord und Totschlag I. 1838, S. 127:

„Der Staat kann das Böse nie vom Standpunkt der Sittlichkeit aus betrachten, da für ihn alles Subjektive nur soweit Geltung hat, als es sich objektiv realisiert. Den bösen Willen kann er daher nur strafen, wenn er in Tat umgesetzt ist, das Gesetz, die objektiv gewordene Sittlichkeit verletzt."

Folgerichtigkeit auf Seite der Auffassung des Reichsstrafgesetzbuches, wonach die Prämeditation nur insoweit in Betracht kommt, als sie auf eine überlegte Ausführung schliessen lässt.

Auch dann ist die Auffassung im Reichsstrafgesetzbuch folgerichtiger, wenn die nicht prämeditierte Tötung mit Ueberlegung ausgeführt wird. Dass der Lumpensammler im obigen Beispiel, ohne die Absicht zu töten, das Landhaus betrat, kann nicht die Schwere seiner Tat mildern. Seine Verworfenheit tritt vielleicht eben dadurch schärfer hervor, dass er imstande ist, das Verbrechen kurzer Hand zu beschliessen und kaltblütig auszuführen. Ihm kann das Bewusstsein seiner Tat mit grösster Klarheit innewohnen, gleichwohl schützt ihn das Gesetz vor der Verurteilung als assassin. Der französische Gesetzgeber lässt ausser Acht, dass Auffassungsgabe und Fähigkeit der Beurteilung im Verbrecher vielfach so entwickelt sind, dass ihm wenige Augenblicke genügen, sich über seine Handlungen Klarheit zu verschaffen. Die Entstehung der Vorstellungen und ihre Assoziation ist zeitlich nicht zu messen und kann eine im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs momentane sein. Die Eile des Gedanken ist sprichwörtlich. Man braucht hier nicht nur an ausnehmend befähigte und durch eine hervorragende Erziehung geschulte Individuen zu denken, sondern jeder, der das Niveau der modernen Durchschnittsbildung erreicht hat und eine entsprechende geistige Beweglichkeit sein eigen nennt, ist dazu befähigt, in wenigen, nicht messbaren Augenblicken ganze Gedankenketten an einander zu reihen und auf seine Handlungen konkret anzuwenden. Das moderne Geschäfts- und Verkehrsleben zwingt uns täglich zu momentanen überlegten Entschlüssen. Es ist daher sehr wohl vereinbar, dass die Tötung dem Anreiz ohne merklichen Zwischenraum folgt und dennoch dem Verbrecher noch voll zum Bewusstsein ihrer Verwerflichkeit kommt.

In diesem letzteren Fall reichen die Bestimmungen des code pénal demnach für eine gerechte Strafe nicht aus, führen vielmehr zu unangebrachter Milde, während

sie in den oben erwähnten Fällen zu eng und zu hart sind.[1]) [2])

Die französischrechtliche Auffassung des psychologischen Scheidemerkmals steht aber auch in der praktischen Anwendung dem Kriterium des Reichsstrafgesetzbuches nach. Die Anwendbarkeit des ersteren begegnet grösseren Schwierigkeiten.[3]) Der Gesetzgeber betont die Zeit, die zwischen der Entstehung der Tötungsabsicht und der Ausführung liegt, er gibt aber keinen Aufschluss darüber, wielange diese Zwischenzeit zu dauern hat. Diese Frage ist auch schlechterdings a priori nicht zu beantworten. Wenn einzelne Gesetzgebungen trotzdem von vornherein die Zeit absolut festsetzen,[4]) so muss das notwendig bald zu Härten, bald zu unangebrachter Milde führen. Mit Recht bezeichnet Mittermaier[5]) eine derartige gesetzliche Bestimmung schon deshalb als unpassend, weil sie auf einer gesetzlichen Vermutung beruhe, die im Strafrecht zu vermeiden sei. Geradezu gefährlich müssen

[1]) Hiernach erscheint der Streit der Hannoverschen Stände gelegentlich der Beratung des Strafgesetzentwurfes über die Frage, ob Vorbedacht ein weiterer oder engerer Begriff sei, als Ueberlegung, (mitgeteilt von Mittermaier in Goltdammers Arch. Bd. II S. 298) erklärlich, aber auch müssig. Die Frage ist nicht zu entscheiden.

[2]) Die oben erwähnte Fassung im Thurgau'schen Strafgesetzbuch, die die Auffassung der Rechtsstrafgesetzgebung mit der französischrechtlichen verschmilzt, ist nicht folgerichtig. Entweder ist der Affekt, in dem die Tötung ausgeführt wird, so schwach, dass er an dem vorgefassten Entschluss nichts ändert: dann ist das zweitgenannte Merkmal überflüssig, da ein überlegter Entschluss vorliegt; oder der Affekt ist so stark, dass er einen unüberlegten Entschluss zeitigt, dann kann aber von einem mit Vorbedacht gefassten, fortdauernden Entschluss keine Rede sein.

[3]) Chauveau Adolphe et Faustin Hélie a. a. O. No. 1083: En principe cette distinction est evidente, mais il est souvent difficile de l'appliquer.

[4]) Nach dem brasilianischen Strafgesetzbuch gilt die Tat dann als überlegt, wenn sie 24 Stunden nach der Bildung des Entschlusses zur Ausführung gekommen ist. Vgl. (Nypels a. a. O. S. 199 a. 4). In Amerika bildete sich die Praxis, eine halbe Minute zu fordern! (Vgl. Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1892 zu § 211. Anm. zu No. 3.

[5]) In Goltdammers Arch. II. S. 301.

derartige Rechtsvermutungen bei Vorschriften werden, von deren Anwendung die Erhaltung oder Vernichtung des Verbrechers abhängt.

Der Beweggrund, der den Gesetzgeber bei Erlass solcher Bestimmungen leitet, ist offenbar der, den Richter im konkreten Fall der Prüfung zu entheben, ob die ruhige Erwägung genügend Zeit hatte, zur Geltung zu kommen oder nicht. Es sind damit die Schwierigkeiten gewürdigt, die den Richter im einzelnen Fall erwarten.

Es ist nun nicht zu verkennen, dass die Länge der Zeit, die der Tat vorausging, und die dem Täter dazu frei blieb, über die Tat, die er vorhatte, Betrachtungen anzustellen, ein gewisser Massstab für die Intensität der Ueberlegung ist. Der Spannungsgrad der Verstandestätigkeit ist aber nicht allein durch die Länge der für sie aufgewendeten Zeit bestimmt. Er ist das Resultat noch anderer Faktoren, wie der Veranlagung und Schulung der Denkkraft, des Charakters und des Temperaments. Der Richter kann nicht immer mit normaler geistiger Auffassungsfähigkeit und Urteilskraft rechnen. Die Reihe der möglichen geistigen Veranlagungen bis hinab zur ausgesprochenen Beschränktheit und des noch innerhalb der Zurechnungsfähigkeit liegenden Schwachsinns ist eine unendliche. Dass der Verbrecher Stunden und Tage lang Gelegenheit hatte, über sein Vorhaben nachzudenken, genügt daher nicht immer, dass ihm die Grösse des Frevels klar zum Bewusstsein gekommen ist. Ohne, dass er als pathologisch schwachsinnig zu gelten hat, sind seine Eindrücke oberflächlicher und seltener, als beim Intelligenten und Vollsinnigen; er ist ärmer an Vorstellungen; deren Reproduktion und Assoziation verläuft langsamer.[1]) Trotzdem ist es anderseits denkbar, dass er zum überlegten Entschluss nicht längere Zeit braucht, als ein Individuum von ungleich höherer Begabung und besserer Erziehung, weil er diesem an Stärke des Willens über-

[1]) Vgl. v. Krafft-Ebing, Grundzüge der Kriminalpsychologie. II. Aufl. 1882, S. 91 ff.

legen ist und ihn sein Temperament schneller handeln lässt. Als Choleriker oder Sanguiniker ist er gewohnt, sein Vorhaben schneller in die Tat umzusetzen, als der Phlegmatiker oder Melancholiker gleicher Denkfähigkeit. Die richtige Erkenntnis dieser Seelenzustände setzt freilich psychologische Kenntnisse und Erfahrungen voraus, die wir im „bon sens", den wir beim Laienrichter bestenfalls voraussetzen dürfen, im Durchschnitt nicht finden werden. Letztere werden sich vielmehr im allgemeinen damit begnügen, die préméditation dann festzustellen, wenn sie sich irgend wie vor der Tat — etwa in Vorbereitungshandlungen — geäussert hat. Das Oberflächliche gerade dieses Kriteriums hat John[1]) treffend gegeisselt: „Wenn die Ueberlegung vor der Tat sich in Vorbereitungshandlungen geäussert hat, so ist die Schuld des Täters so gross, dass sie richtig mit der Todesstrafe geahndet wird, wenn dagegen die Ueberlegung vor der Tat zwar auch vorhanden gewesen, sich aber nicht in Vorbereitungshandlungen geäussert hat, dann ist die Schuld des Täters sehr viel geringer, dass nur noch die Freiheitsstrafe gerechtfertigt erscheint".

Besonders schwierig gestaltet sich die Erkenntnis der Prämeditation dann, wenn die Tat im Affekt geplant, indessen erst nach einiger Zeit ausgeführt worden ist. Es fragt sich hier, ist der Affekt bis zur Tat vorherrschend geblieben und hat er jegliche ruhige Erwägung verhindert oder ist dem Täter in der Zwischenzeit die Tat zum vollen Bewusstsein gekommen? Es ist zunächst festzustellen, dass der Affekt allerdings seiner Natur nach nur eine vorübergehende Hemmung der Erkenntniskräfte bewirkt, immerhin aber Minuten und Stunden andauern kann, ja bezüglich seiner Dauer überhaupt nicht bestimmt festzulegen ist. Er beschränkt sich nicht auf die erste Aufwallung, sondern die durch ihn erregten und erhöhten Gefühle und Triebe, die durch ihn bewirkte physiologische Veränderung, wirken ihrerseits wieder auf den Affekt

[1]) Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund 1868, S. 48.

verstärkend zurück.[1]) Treffend bemerken Chauveau Adolphe und Faustin Hélie:[2]) „La durée de la colère ne saurait être enfermée dans de certaines limites, ses emportements et sa démence survivent souvent à l'heure qui la vit naître".[3]) [4]) Dass nun trotz Vorliegens eines dauernden Affektes der Uebeltäter seine Tat dennoch vor der Ausführung überlegt hat, wird häufig schon deshalb nicht festzustellen sein, weil es bei der Innerlichkeit jenes Vorganges mangels eines Geständnisses — mit Ausnahme des Zeitablaufes — an jedem Anhaltspunkte zur Feststellung fehlt. Es liegt daher sehr nahe, dass die Richter die Prämeditation durch den längeren oder kürzeren zwischenliegenden Zeitraum allein für erwiesen erachten. Das Gesetz selbst fordert ja schliesslich nicht mehr, als dass die Absicht vor der Tat zustande gekommen ist. Das von Nypels angeführte, oben erwähnte Erkenntnis wird dadurch erklärlich. Im Grunde genommen ist die Bestimmung des code pénal eben nur eine Rechtsvermutung, die die prämeditierte Tat zu einer wirklich überlegten stempelt.

Wie geteilt übrigens die Ansichten der Richter gerade beim Vorliegen des Affekts sein können, beweist folgender im preussischen Justiz-Ministerialblatt von 1848 (S. 252) mitgeteilter Fall[5]): Beide Ehegatten lebten im ständigen Missverhältnis. Eines Tages wurde der Ehemann, der

[1]) Wundt, Grundzüge der physiologischen Psychologie, V. Aufl., III. Bd., S. 209 ff.

[2]) a. a. O. No. 1082, vgl. ferner die daselbst zitierte Stelle bei Farinacius: „Ad excludendum deliberationem non est necesse, ut committatur homicidium in flagrante rixa, in eodem actu et impetu, nullo interiecto temporis spatio; sed sufficit, quod ex intervallo post rixam et inde ad aliquos dies committatur, dummodo rixae calor duret."

[3]) Vgl. ferner Gretener, Zum Entwurf eines Militärstrafgesetzbuches für die schweizerischen Staaten, Bern 1886, S. 20 und Nypels a. a. O., S. 200.

[4]) Vgl. auch v. Krafft-Ebing. Grundzüge der Kriminalpsychologie, II. Aufl. S. 186: „Neben der Intensität eines Affekts ist kriminalpsychologisch seine Dauer zu berücksichtigen."

[5]) Besprochen von Mittermaier in Goltdammers Archiv, Bd. 2, S. 305.

Ursache zur Unzufriedenheit mit seiner Ehefrau hatte, von dem Gedanken erfasst, sie zu töten. Es fiel ihm gleichzeitig ein, dass er ein Rasiermesser bei sich trug. Er ging noch 20 Schritt und tötete dann seine Frau mit dem Messer. Während das Gericht Mord annahm, weil während des Ganges von 20 Schritt Ueberlegung vorhanden war, nahm der Justizminister Totschlag an, weil der Mensch noch immer in einem die besonnene Ueberlegung ausschliessenden Zustand war.

Die Nachteile, die die französischrechtliche Fassung des psychologischen Kriteriums im Vergleich zur Fassung im Reichsstrafgesetzbuch mit sich bringt, würden durch die wissenschaftliche und praktische Auslegung des Prämeditationsbegriffes wohl längst ausgeglichen sein, wenn nicht der Prämeditationsbegriff selbst durch die Definition im a. 297 des code pénal festgelegt wäre. Wir können das daraus schliessen, dass im code pénal belge vom 15. 10. 67, der den Ausdruck „préméditation" übernommen hat, ohne ihn zu definieren (a. 394) die prémeditation als synonym mit méditation, reflexion, déliberation aufgefasst wird.[1]) Die belgische Gesetzgebung würde auch einen dieser letzteren Ausdrücke gewählt haben, wenn sie nicht die Scheu vor dem Gewohnten, Althergebrachten, davon abgehalten hätte.[2]) Wir kommen hiernach zu dem Schluss, dass die Minderwertigkeit des französischrechtlichen Scheidemerkmals nicht so sehr durch die Wahl des Ausdruckes préméditation, als vielmehr durch dessen begriffliche Definition verschuldet ist.[3]) Mit Recht bemerkt Nypels[4]): „Le legislateur de 1791 avait eu la prudence

---

[1]) Vgl. Nypels a. a. O., S. 199.

[2]) Nypels a. a. O., S. 200 No. 11:

Il (le mot préméditation) est d'un usage général et le legislateur doit se garder de remplacer par des termes nouveaux des expressions en usage depuis longtemps."

[3]) In dieser Erkenntnis haben fast alle Gesetzgebungen, die den Ausdruck préméditation oder Vorbedacht übernommen haben, die Definition fallen gelassen. Von den Schweizer-Kantonen hat sie nur Wallis beibehalten, (vgl. Stooss a. a. O. S. 6). In den Gesetzgebungen der deutschen Einzelstaaten fehlte sie durchweg.

[4]) a. a. O., S. 199.

de ne pas définir la préméditation, en se rappelant la remarque faite par le jurisconsulte Javolenus: omnis in iure definitio periculosa“ (l. 202 D. de. reg. iur.)

IV.

Ueberlegung und Affekt.

Es ist bereits oben hervorgehoben worden, dass der Totschlag im Gegensatz zum Morde im code pénal die vorsätzliche Tötung schlechthin bedeutet und dass im Reichsstrafgesetzbuch der Totschlag eine Art der vorsätzlichen Tötung darstellt, nämlich im Gegensatz zu der mit Ueberlegung ausgeführten vorsätzlichen Tötung die nicht mit Ueberlegung ausgeführte. Zur Feststellung des Totschlags gelangt man in beiden Fällen durch Negativschluss: Totschlag liegt dann vor, wenn die vorsätzliche Tötung erwiesen ist, die Feststellung des Mordes indessen misslingt. Diese Formulierung des Totschlagsbegriffes ist aber in der modernen Gesetzgebung nicht allgemein. Es bestimmen beispielsweise die Strafgesetzbücher einiger schweizerischer Kantone, nämlich die von Zürich,[1]) Zug[2]) und St. Gallen[3]) den Totschlag positiv als die vorsätzliche Tötung, die im Affekt ausgeführt ist. Diese positive Formulierung des Totschlagsbegriffes war auch verschiedenen Strafgesetzgebungen der deutschen Einzelstaaten eigen.[4]) Die genannten Gesetzgebungen gehen davon

[1]) §§ 124, 126.

[2]) §§ 68, 69.

[3]) a. a. 133, 130.

[4]) Das württembergische Strafgesetzbuch vom 1. 3. 1839 a. 243, Das grossh. hessische Strafgesetzbuch vom 17. 9. 1841 a. 252, das herz. nassausche Strafgesetzbuch vom 17. 5. 1849 a. 246, das grossh. badische Strafgesetzbuch vom 6. 3. 1845 § 209, verwendeten den Ausdruck „Affekt“ als Merkmal des Totschlags. Das bayrische Strafgesetzbuch vom 16. 5. 1813 a. 151 den Ausdruck „aufwallende Hitze des Zornes,“ das herz. braunschweigische Kriminal-Gesetzbuch vom 10. 7. 1840 a. 146 „leidenschaftliche Aufwallung“, das herz. sachsen-altenburgische Kriminalgesetzbuch vom 3. 5. 1841 und das Strafgesetzbuch des Königreich Sachsens vom 30. 3. 1838 a. 123 „aufwallende Leidenschaft.“

aus, dass der Zustand des Affektes die für den Mord geforderte psychische Tätigkeit hemme und ein Handeln nicht mit Ueberlegung, daher kein anderes sei, als ein Handeln im Affekt.[1]) Wir haben bereits oben gesehen, dass mit der strengen französischrechtlichen Auffassung des Vorbedachts die gleichzeitige Anwesenheit des Affekts nicht unvereinbar ist. Dass aber auch eine im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches mit Ueberlegung ausgeführte Tötung gleichwohl im Affekt ausgeführt werden kann, darauf ist wiederholt von namhaften Gelehrten hingewiesen worden.[2]) Affekt und Ueberlegung schliessen einander nicht unbedingt aus. Das Wesen des Affekts ist nach Wundt[3]) ein eigenartiger Gefühlsverlauf, „eine zeitliche Folge von Gefühlen, verbunden zu einem zusammenhängenden Verlaufe, der sich gegenüber den vorangegangenen und den nachfolgenden Vorgängen als ein eigenartiges Ganze aussondert, das im allgemeinen zugleich intensivere Wirkungen auf das Subjekt ausübt, als ein einzelnes Gefühl.“ Unter dem Eindruck dieser Gefühle ändert sich allerdings auch der Vorstellungsverlauf des Individuums. Die Ideenaufnahme und Ideenverbindung geht andere Bahnen. Aeussere Eindrücke können vorherrschen und die Erkenntnis der durch Kultur und Erziehung gewonnenen Werte momentan zurücktreten lassen. Dadurch kann die geforderte Ueberlegung ausgeschlossen werden, sie muss es aber nicht. Es ist nicht mit Unrecht darauf hingewiesen worden,[4]) dass es Individualitäten gibt, bei denen sich im Gegenteil das Niveau der intellektuellen Fähigkeiten im Affekt hebt.

---

[1]) Haelschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, II. Bd. I. Abt. 1884, S. 35.

[2]) John, Entwurf a. a. O. S. 45. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch III. A. 1873, S. 533, v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe 1877, S. 249. Wachenfeld, Die Ueberlegung in unserem heutigen Mordbegriffe, S. 20. v. Krafft-Ebing, Grundzüge der Kriminalpsychologie II. a., S. 186: „Dass ein Affektzustand die Ueberlegung ausschliesse, ist psychologisch unhaltbar.“

[3]) Grundzüge der Psychologie, 5. Aufl. S. 203.

[4]) Mittermaier in Goltdammers Archiv, II. Bd., S. 298.

Das trifft insbesondere bei Individualitäten zu, die gewohnten Eindrücken mit Apathie begegnen. Nicht nur vereinzelt sind solche Charaktere, die sich zur Erledigung wichtiger Entscheidungen und Handlungen erst „Mut trinken". Es ist zu berücksichtigen, dass der Affekt nicht immer unerwartet kommt. Mit Recht weist v. Holtzendorff[1]) darauf hin, „dass Personen, die mit der periodischen Wiederkehr leidenschaftlicher Erregungen bekannt geworden sind, und ausserdem wissen, wie sich ihre Leidenschaften gegen andere Menschen zu äussern pflegen, Trinker von Beruf, die wenig vertragen können, Eifersüchtige und Zornmütige, die genau wissen, wie sie sich im Zustande der Leidenschaft verhalten und welche Gefahren dadurch für andere entstehen, mit Ueberlegung handeln, wenn sie Gelegenheiten, Anreize und Personen aufsuchen, von denen sie wissen, dass sie geeignet sind, ihre Leidenschaften in Tätigkeit zu setzen, und von denen sie in der Tat wünschen und erwarten, dass sie jenen verhängnisvollen Anreiz ausüben möchten." Diese Ueberlegung haben sie nicht nur, wenn sie die Gelegenheit des Affektes suchen, sondern sie bewahren sie auch, wenn sie darauf im Affekt handeln. In bei weitem den meisten Fällen hebt ferner der Affekt die Ueberlegung nicht auf, wenn ersterer in dem Ungewöhnlichen und dem Unseligen der Tat seinen Grund hat. Beinahe jeder Uebeltäter gerät in Aufregung, wenn er zur Tat schreitet. Ja, diese Ueberlegung wird sich steigern, je länger er sich mit seinem Vorhaben beschäftigt.[2]) Besonders pflegen deprimierende Affekte nicht selten mit sorgsamer Ueberlegung der Tat Hand in Hand zu gehen. Der Gefühlsverlauf

[1]) Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, S. 249 ff.

[2]) Es dürfte nicht ohne Interesse sein, wie Dostojewsky in seinem kriminalpsychologischen Roman „Raskolnikows Schuld und Sühne" (deutsch von Paul Styzynsky. Verlag O. Janke, Berlin) S. 65, seinen Helden über das Verbrechen der vorsätzlichen Tötung Betrachtungen anstellen lässt:

„Der Verbrecher, und zwar beinahe jeder, unterliegt im Moment der Ausführung des Verbrechens einem gewissen Verfall des Willens und des Verstandes. Nach seiner Ueberzeugung überwältigt jene Verfinsterung des Verstandes und jener Verfall der Willenskraft

ist aber äusserlich derselbe, ob der Affekt Ursache der Tötung ist oder ob umgekehrt das Verbrechen den Affekt wachruft. Mit Recht hebt v. Holtzendorff[1]) hervor, dass in der Praxis die Klasse der vorsätzlichen Tötungen, die auf einem Gemisch von Affekten und Ueberlegung beruhen, die weitaus zahlreichste sei.

Ueberlegung und Affekt können also gleichzeitig die Handlung des Mörders begleiten. Umgekehrt können sie aber auch beim Totschlag beide fehlen. Eine Tötung, die nicht mit Ueberlegung ausgeführt ist, bedingt nicht notwendig einen Affektzustand des Täters. Es sind Fälle denkbar, in denen der Uebeltäter, ohne sich der Schwere des Verbrechens voll bewusst zu sein, mit Gleichmut, altruistischer Gefühle bar, den tötlichen Streich führt. Wir sind allerdings nicht geneigt, derartige Individuen grundsätzlich als „geborene Verbrecher", etwa mit „atavistischen Neigungen"[2]) oder als „delinquenti istintivi"[3]) aufzufassen. Insoweit wir vielmehr im einzelnen Fall uns zu dieser Auffassung genötigt sehen, scheiden wir diese Existenzen ebenso wie die moralisch Irren[4]) aus der Kategorie der Verbrecher als nicht zurechnungsfähig aus. Es verbleiben dann für unsere Betrachtung nur die Uebeltäter grösster

gleichsam wie eine Krankheit den Menschen, entwickelt sich dann stufenweise und erreicht ihren Höhepunkt kurz vor der Ausführung des Verbrechens. Die Verbrecher bleiben in diesem Zustande die ganze Zeit der Ausführung des Verbrechens oder je nach der Individualität des Verbrechers länger, dann vergeht er wie eine Krankheit."

[1]) Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, S. 252: „Zwischen der mindergradigen Ueberlegung, unter dem Gefrierpunkte der Gefühle und der hochgradigen Leidenschaft existieren ebenfalls so zahlreiche Uebergänge, wie auf der Skala des Thermometers zwischen Eispunkt und Siedepunkt; und gerade das Gebiet einer gleichsam aus Affekt und Ueberlegung gemischten und gemässigten Temperaturzone ist das ausgedehnteste."

[2]) Vgl. C. Lombroso. Der Verbrecher. Uebersetzung von Fränkel, Hamburg 1887.

[3]) Garofalo, Criminologia, studio sul delitto, sulle sue cause et sui mezzi di repressione, Torino 1885, S. 221 ff.

[4]) v. Krafft-Ebing, Grundzüge der Kriminalpsychologie II. A., Stuttgart 1882, S. 107 ff.

moralischer Verwerflichkeit, bei denen sich der Mangel des vollen Bewusstseins der pflichtwidrigen Handlung von der Mechanisierung der auf Normverletzungen zielenden Entschlüsse herleitet. Diesen Verbrechern ist einerseits die Tat voll zuzurechnen, anderseits führen sie dieselbe weder mit Ueberlegung, noch im Affekt aus. In der Praxis sind solche Existenzen im allgemeinen wohl sehr vereinzelt, in gewissen Schichten der modernen Grossstädte sind sie indessen keine ungewohnten Erscheinungen.

Hiernach erschöpft also die Gesetzgebung, die den Mord einerseits als die mit Ueberlegung, den Totschlag anderseits als die im Affekt ausgeführte vorsätzliche Tötung bezeichnet, das Gebiet der vorsätzlichen Tötungen nicht. Vielmehr hat in der Praxis der Richter mit zwei weiteren Fällen zu rechnen, nämlich der vorsätzlichen Tötung, die gleichzeitig mit Ueberlegung und im Affekt ausgeführt ist und derjenigen, die weder mit Ueberlegung noch im Affekt ausgeführt ist. Die Gesetzgebung ist demnach, wie John[1]) mit Recht hervorhebt, keine korrekte. Aus diesem Grunde ist die positive Fassung des Totschlagsbegriffes bereits im preussischen Strafgesetzbuch von 1851 vermieden worden.[2]) Sie ist für die Praxis schon deshalb gefährlich, weil sie dazu verführt, um des erwiesenen Affektes willen die mit voller Ueberlegung ausgeführte Tötung als Totschlag[3]), und um der erwiesenen Kaltblütigkeit willen die nicht mit Ueberlegung ausgeführte Tötung als Mord zu beurteilen.

---

[1]) In v. Holtzendorffs allg. deutscher Strafrechtszeitung a. a. O. S. 342 ff.

[2]) Goltdammer. Die Materialien zum preussischen Strafgesetzbuch, II. Bd. 1852, S. 373: „Die Revision von 1845 fand, dass durch das ausdrückliche Erfordernis des Affekts der Tatbestand zu sehr beengt werden würde, weil der Richter da, wo er weder überlegten Vorsatz noch Affekt in der Handlung finde, weder den Tatbestand des Mordes noch den des Totschlags annehmen, mithin freisprechen würde. Deshalb liess sie die ausschliessliche Erwähnung des Affekts, als positiven Moments, aus der Begriffsbestimmung fort und verwies die Berücksichtigung des Affekts lediglich zur richterlichen Zumessung."

[3]) Haelschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, II. Bd. I. Abt., Bonn 1884, S. 38.

Aus ähnlichen Erwägungen heraus wurden die Bestimmungen des russischen Strafgesetzbuches von 1845, nach dem gleichfalls die Tötung im Affekt der Tötung mit Vorbedacht gegenübergesetzt war, durch die Novelle vom 23. März 1871 dahin ergänzt, dass neben diesen beiden Arten der vorsätzlichen Tötungen noch eine dritte, nämlich die Tötung ohne Vorbedacht, als Totschlag zu bestrafen sei[1] [2])

V.

Das Kriterium der Ueberlegung.

Auf Grund der vorangegangenen Erwägungen gelangen wir zu dem Ergebnis, dass das psychologische Scheidemerkmal der vorsätzlichen Tötungsverbrechen im Reichsstrafgesetzbuch relativ am besten zum Ausdruck gekommen ist. Es erübrigt nun noch, zu prüfen, ob es in dieser Form ausreicht, die folgenschwere Unterscheidung zwischen Mord und Totschlag zu rechtfertigen. Wir glauben für ein Kriterium von solcher Bedeutung folgende Forderungen stellen zu dürfen: 1. Sein wahres Wesen muss eine wissenschaftlich festzustellende, dem Richter klar bewusste Einheit darstellen. 2. Seiner Anwendbarkeit im konkreten Fall dürfen nicht grosse Schwierigkeiten entgegenstehen. 3. Die Strafdifferenz, die seine Anwendung bewirkt, muss dem Zwecke der gesetzten Strafe entsprechen.

1. In der Wissenschaft. Was zunächst das Wesen der Ueberlegung selbst anbetrifft, so ist vorauszuschicken, dass die Wissenschaft weit davon entfernt ist, es einheitlich aufzufassen, und die Praxis der Geschworenengerichte lehrt, dass es vom Richter nicht als bekannte

[1]) Vgl. Gretener, Strafgezetzbuch für Russland. Besonderer Teil. Verbrechen gegen die Person. Uebersetzt und an der Hand der Motive erläutert. Berlin 1885, S. 1.

[2]) Auch das ungarische Strafgesetzbuch von 1878 unterscheidet 1. die prämedierte, 2. die im Affekt geschehene, 3. die nicht prämedierte vorsätzliche Tötung.

Grösse empfunden wird. Die Streitfrage, ob die Ueberlegung eine gewisse Zeit anhalten müsse oder eine im gewöhnlichen Sprachgebrauch momentane sein könne, ist, wie schon oben erwähnt, zu Gunsten der letzteren Ansicht allgemein entschieden. Geteilt ist die Meinung schon in der Frage, ob die Ueberlegung ein Merkmal des Vorsatzes sei.[1]) Oppenhoff[2]) und Berner[3]) behaupten das gegen die gemeine Meinung. Ihnen ist nicht beizupflichten. Der Vorsatz besteht nicht nur im Wollen des Deliktes, sondern auch im Bewusstsein von dessen Rechtswidrigkeit.[4]) Binding[5]) bemerkt nun mit Recht, dass man schon deshalb nicht von einem Mordvorsatz und einem von diesem verschiedenen Totschlagsvorsatz reden könne, weil man den Vorsatz nicht auf Tatbestandsmerkmale erstrecken könne, die gar nicht gewusst werden müssten. Dass der Mörder mit Ueberlegung, der Totschläger ohne Ueberlegung töteten, brauchten beide nicht zu wissen. Weiterhin führt Binding ebenso treffend aus, dass psychologische Vorgänge wohl der Entstehungsgeschichte des Vorsatzes angehören, indessen nicht als dessen Bestandteile aufgefasst werden können, wenn er erst einmal zustande gekommen ist. Damit ist zugleich die Streitfrage, ob die Ueberlegung auf die Rechtswidrigkeit der Tötung zu beziehen sei[6]) oder nicht,[7]) zu Gunsten der letzteren Meinung entschieden. Mit Recht

---

[1]) Die Gesetzgebungen einzelner deutscher Einzelstaaten betonen ausdrücklich den „überlegten Vorsatz" als Merkmal des Mordes; so das Kgl. hannoversche Kriminalgesetzbuch vom 8. 8. 1840 (a 227), das der freien und Hansastadt Hamburg vom 30. 4. 1869 (a. 118), desgleichen das A. L.-R. im § 826.

[2]) Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 13. Aufl. 1896 zu § 211 No. 11.

[3]) Lehrbuch 18. Aufl. 1898, S. 165.

[4]) Binding, Die Normen a. a. O. II. Bd. S. 403, Olshausen Komm. 1897 a. 16 zu § 57.

[5]) Die Normen und ihre Uebertretung, 1877 II. Bd., S. 509.

[6]) Vertreten von Merkel in v. Holtzendorffs R.-L. a. a. O., S. 802 ff. v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts, 1872, S. 428.

[7]) Vertreten von Olshausen, Kommentar zu § 211 und der gemeinen Meinung.

sieht die herrschende Meinung in der Ueberlegung ein Merkmal des Entschlusses.[1]) Dass man endlich darüber nicht einig ist, ob die Ueberlegung nur zu Anfang der Ausführung vorhanden zu sein braucht, oder ob sie nicht vielmehr die ganze Ausführung oder wenigstens ihren wesentlichsten Teil beherrschen muss, haben wir oben bereits gesehen.

Wenn wir nun mit der herrschenden Meinung in der Ueberlegung ein Merkmal des Entschlusses sehen, so ist damit das Wesen der Ueberlegung noch nicht klar gelegt. Wir haben es hier nicht mit dem rein philosophischen Begriff der Ueberlegung zu tun. Dieser stellt sich dar als „die auf Vergleichung beruhende fragend-urteilend-wertende Prüfung von Motiven zu Willenshandlungen, freies Waltenlassen des Motivkampfes, bis die Wahl sich vollziehen kann, also als der dem Wahlakte vorausgehende psychische Prozess."[2]) Dieser Wahlakt, „das Herrschendwerden des entscheidenden Motives",[3]) ist der Entschluss. Auch beim Totschläger ist nun — wenn anders seine Zurechnung überhaupt gegeben sein soll — der Entschluss ein freier Wahlakt, der nach vorausgegangenem psychischem Prozess dem Kampf der Motive ein Ziel setzt. Ist diese aufgewendete Ueberlegung also bereits dort Voraussetzung, wo das Gesetz von einer Ausführung ohne Ueberlegung spricht (Totschlag), so kann unter dem Tatbestandsmerkmale des Mordes, der Ausführung mit Ueberlegung — im spezifisch juristischen Sinne — nur eine Denktätigkeit verstanden werden, die über die vom Totschläger aufgewendete hinausgeht und von ihr qualitativ oder quantitativ unterschieden ist.

Der Wortlaut des Gesetzes spricht dafür, dass die Unterscheidung qualitativ aufzufassen ist. Denn er kennt nur zwei Zustände: den der Ueberlegung und den der Abwesenheit der Ueberlegung, nicht aber irgend welche Zwischenstufen. Es fehlt nicht an Vertretern der Wissen-

[1]) Binding, Die Normen a. a. O. 729 Olshausen Komm. a. a. O. a. 5 zu § 211. Wachenfeld, Die Ueberlegung a. a. O. S. 19.

[2]) Rudolf Eisler, philosophisches Wörterbuch, II. Aufl., Berlin 1904.

[3]) Wundt, Grundriss der Psychologie 1896, S. 225.

schaft, die diese strenge Teilung verfechten.[1]) Haelschner[2]) stellt zunächst fest, worauf sich die Ueberlegung zu beziehen habe: „Es ist das normale Verhalten des Menschen, dass er seinem Handeln eine Ueberlegung vorangehen lässt, eine Erwägung, verständige Reflexion, aus der sich die Entscheidung über den zu erstrebenden Zweck und die ihm dienenden Mittel ergibt, die sich bezieht auf den beabsichtigten Erfolg, von dessen Eintritt die Erreichung des Zweckes, der erstrebten Befriedigung erwartet wird, und die zu seiner Realisierung erforderliche vorsätzliche Tätigkeit, auf das Verhältnis der Tätigkeit und ihres Erfolges zur Pflicht". Nachdem er so den Gegenstand der Ueberlegung festgelegt hat, geht er auf ihr Wesen näher ein: „Die Ueberlegung fordert nicht nur, dass die aus der Gefühlserregung entspringende Vorstellung eines Zweckes zu klarem Bewusstsein erhoben wird, sondern weiter auch dies, dass sie mit anderen möglichen Zwecksatzungen ihrem Werte nach verglichen und im Unterschiede von ihnen festgehalten wurde, ferner nicht nur, dass ein dem Zwecke als Mittel dienender und deshalb herbeizuführender Erfolg vorgestellt, sondern weiter auch mit anderen sich darbietenden Mitteln rücksichtlich seiner Zweckmässigkeit verglichen wurde, und endlich auch, dass die Handlung nicht nur ihrem subjektiven Werte nach in ihrem Verhältnis zur Pflicht überlegt wurde". Auf Grund dieser Definition kommt er zu dem Ergebnis, „dass die Ueberlegung eine mehr oder weniger umfassende, reifliche, langsamer oder schneller verlaufende sein, die Handlung aber immer entweder mit oder ohne Ueberlegung ausgeführt werde, ohne dass es zwischen beiden Arten der Handlung noch ein Mittelding gäbe". Haelschner teilt in seiner Definition gewissermassen die psychische Tätigkeit, die der Mörder aufwendet, und stellt auf die eine Seite die Vorstellungen, die, durch irgend welche Gefühlserregungen entstanden, ihn zur Tat

---

[1]) Haelschner. Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1884, II. Bd. 1. Teil, S. 36 ff. Wachenfeld, Die Ueberlegung a. a. O. S. 32.

[2]) a. a. O.

drängen. Es sind dies die Vorstellungen des Zweckes der Tat, des Erfolges, der diesem Zwecke als Mittel dient, der verbrecherischen Tätigkeit selbst und ihres subjektiven Wertes. Diesen Vorstellungen sieht er auf der anderen Seite eine Reihe Vorstellungen gegenüberstehen, die nicht zur Tat drängen, sondern sie hemmen, Vorstellungen, deren Einfluss sich der Mörder nicht entziehen kann und die er mit den zur Tat treibenden Vorstellungen vergleichen muss. Es sind dies die Vorstellungen anderer möglicher Zwecksetzungen, anderer, sich darbietender Mittel, die ebenfalls den Erfolg versprechen, und des gesamten sittlichen Pflichtbewusstseins, das den Wert oder Unwert der Tat bestimmt. Haelschners Ansicht ist nun die, dass dem Totschläger nur die zur Tat treibenden Vorstellungen zu teil werden. Diese könne auch er nicht entbehren, wenn anders ihm die Tat zugerechnet werden solle. Die Gegenvorstellungen hingegen kämen beim Totschläger gar nicht zur Entstehung, die vergleichende, abwägende Tätigkeit falle daher gänzlich aus: „Die Tatsache, dass eine besonders starke Gefühlserregung der aus ihr entspringenden Vorstellung einer bestimmten Art der Willensbetätigung eine den Willen so ausschliesslich beherrschende Macht beizulegen vermag, dass keine Vergleichung dieser Vorstellung mit anderen aufkommt, alles Ueberlegen, Erwägen, Wählen, zwischen verschiedenen Möglichkeiten ausgeschlossen erscheint, steht erfahrungsgemäss fest". Wachenfelds[1]) Ansicht ist eine ähnliche. Auch er geht davon aus, dass auch der Totschläger ein klares Gedankenbild von der Handlung habe, die er begehen wolle. Ihm fehlten indes die Gegenvorstellungen, die ihm von der Tat abrieten. Diese seien dem Mörder, der mit Ueberlegung töte, eigen. Demnach sei die Ueberlegung im juristischen Sinne „die Gedankentätigkeit, mittels welcher der Täter die durch den verbrecherischen Gedanken (nach den Gesetzen der Ideenassoziation) hervorgerufenen Vorstellungen wahrnehme, abwäge und trotzdem nicht berücksichtige. Diese Ueberlegung wohne

[1]) Die Ueberlegung in unserem heutigen Mordbegriff a. a. O. S. 12 ff.

dem Totschläger nicht etwa in grösserem oder geringerem Masse, sondern überhaupt nicht inne". Im wesentlichen stimmen also Haelschner und Wachenfeld überein.

Wir können dieser Ansicht nur insoweit folgen, als sie die Definition der Ueberlegung wiedergibt. Diese steht auf der Grundlage des oben gegebenen philosophischen Ueberlegungsbegriffes. Dieser ist eben in seinem Wesen nichts anderes, als ein freies Waltenlassen des Motivkampfes, des Streites von Vorstellungen und Gegenvorstellungen. Haelschner und Wachenfeld gehen aber unseres Ermessens fehl, wenn sie annehmen, dass dieser Motivkampf der Handlung des Totschlägers nicht vorausgehe. Letzterer ist nach der oben angegebenen Wundtschen Definition unerlässliche Voraussetzung des Entschlusses. Da nun auch der Totschlag notwendigerweise auf einen Entschluss zurückzuführen ist, so muss auch ihm ein freies Waltenlassen des Motivkampfes vorausgegangen sein. Wenn Haelschner und Wachenfeld annehmen, dass beim Totschläger nur die zur Tat treibenden Vorstellungen zur Entstehung kommen, die Gegenmotive indess fehlen, so müssen sie folgerichtig weiter schliessen, dass es zu einem Entschluss gar nicht gekommen ist, da der Kampf der Motive, dessen Ergebnis der Entschluss ist, nicht stattfinden konnte. Fehlt es aber an einem Entschluss, dann kann man von einer Wahlhandlung nicht mehr reden, sondern es liegt nunmehr eine Triebhandlung vor, das heisst: die Zurechnung des Täters ist nicht gegeben. Binding[1]) hat darauf hingewiesen, dass die Handlungsfähigkeit entfällt, „sobald der Mensch überhaupt jedem Reiz widerstandslos zum Opfer fällt, und sobald der Reiz mit solcher Heftigkeit auftritt, dass unser Intellekt gar keine Zeit hat, Gegenreize ins Feld zu führen".[2]) Hiernach ist die Ueberlegung, die der Totschläger aufwendet, in ihrem Wesen die gleiche als die des Mörders. Sie wohnt auch den Uebeltätern inne, die, entsprechend

[1]) Die Normen und ihre Uebertretung 1877, II. Bd. S. 71.

[2]) Vgl. auch v. Krafft-Ebing, Grundzüge der Kriminalpsychologie, II. Aufl., S. 184 ff.

„ihrer Lebensgewohnheit, den gewohnten Reizen mit einer gewohnten Zwecksetzung zu antworten und ihr mit den herkömmlichen, zur anderen Natur gewordenen Mitteln handelnd zu dienen pflegen“.[1]) Auch bei ihnen findet, soll ihnen die Tat zugerechnet werden, ein Motivkampf statt. Er ist nur durch die Mechanisierung des Handelns und des dadurch veranlassten allmählichen Zurücktretens der in früheren ähnlichen Fällen unterlegenen Gegenmotive so schwach geworden, dass er zuweilen kaum wahrzunehmen ist.[2])

Ist so die Ueberlegung des Mörders ihrem Wesen nach dieselbe, als die des Totschlägers, so dürfen wir den Unterschied nicht mit Haelschner und Wachenfeld einen qualitativen, sondern müssen ihn einen quantitativen nennen. Indem Haelschner und Wachenfeld die Ueberlegung im spezifisch juristischen Sinne als von der Ueberlegung im weiteren philosophischen Sinne qualitativ abgestuft auffassen, suchen sie den Dualismus, den das Gesetz in diesen Begriff hineingetragen hat, zu halten, bringen damit aber in den Ueberlegungsbegriff ein Element hinein, das diesem Begriff fremd ist und zu ihm im Widerspruch steht.[3]) Mit Recht ist in den Entwürfen zum letzten preussischen Strafgesetzbuche von 1833 und 1836 die qualitative Sonderung der dolosen Tötungsverbrechen als eine „Spekulation der Schule“ bezeichnet worden.[4])

[1]) Haelschner a. a. O. S. 37.

[2]) Haelschner weist darauf hin (S. 37 a. a. O.), dass von einer Handlung aus einem solchen durch Gewöhnung entstandenen Mechanismus bei den vorsätzlichen Tötungen nicht die Rede sein könne. Sie kann indess sehr wohl vorliegen bei gewohnheitsmässigen Messerstechern, die bei ihren wiederholt begangenen Körperverletzungen stets mit dem dolus eventualis auf Mord oder Totschlag gehandelt haben.

[3]) Haelschner und Wachenfeld definieren übrigens nicht die Ueberlegung des Mörders als einen spezifisch juristischen Begriff, sondern fassen ihn im weiteren philosophischen Sinne. Als juristischen Begriff definieren sie vielmehr die (im Gesetz nicht benannte) Ueberlegung des Totschlägers!

[4]) Goltdammer. Die Materialien zum preussischen Strafgesetzbuche II. Bd. 1852, S. 368.

Dass die Ueberlegung im spezifisch juristischen Sinne kein qualitatives, sondern ein quantitatives Merkmal ist, haben denn auch namhafte Gelehrte wie John[1]) und v. Holtzendorff[2]) mit aller Entschiedenheit betont. Am prägnantesten ist das vielleicht von Binding[3]) zum Ausdruck gebracht mit den Worten: „Die Ueberlegung bezieht sich auf das Gewicht der Abhaltungsgründe". Er gebraucht damit das Bild einer Wage, auf dessen einer Schale die zur Tat treibenden Motive liegen. Es macht nun nicht die Ueberlegung im angegebenen Sinne aus, wenn überhaupt auf der anderen Schale Gegenmotive wirken, vielmehr müssen die Gegenmotive ins Gewicht fallen, sie müssen wenigstens den Versuch machen, die Zunge der Wage nach ihrer Seite ausschlagen zu lassen.

Es erübrigt nun noch, zu untersuchen, welches Gewicht die Abhaltungsgründe beim Mörder gehabt haben müssen. Unmöglich können wir den als Mörder bezeichnen, bei dem das Auftreten von Gegenmotiven gerade nachweisbar ist. Wir müssen vielmehr fordern, dass die letzteren entweder mit einer gewissen Intensität oder in einer gewissen Menge aufgetreten sind. Wo nun die Grenze zwischen Ueberlegung und Nichtüberlegung im angegebenen Sinne liegt, ist a priori unmöglich festzustellen. Mit Recht weist v. Holtzendorff[4]) darauf hin, dass hier „die Wissenschaft uns so sehr den Dienst versagt, dass wir nicht einmal imstande sind, überall eine strafbare Tötung von einem wirklichen Morde zu unterscheiden". Die Ueberlegung des Mörders ist daher nur von Fall zu Fall festzustellen. Es ist hierbei in erster Linie die Intensität der auftauchenden Gegenmotive zu berücksichtigen. Sie ist für die Heftigkeit des Motivkampfes entscheidend. Die Menge der Gegenvorstellungen

---

[1]) In v. Holtzendorffs Strafrechtszeitung a. a. O. S. 427 ff und im Entwurfe a. a. O. S. 41 ff.

[2]) Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe a. a. O. S. 250 ff.

[3]) Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, I. Bd. 1902, S. 27.

[4]) Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe a. a. O. S. 260.

kommt erst in zweiter Reihe in Betracht. Es ist wie in der Feldschlacht, in der die Heftigkeit des Ringens nicht nur durch die Massen der Gegner, sondern vielmehr durch die Wucht des Angriffes und der Verteidigung bedingt ist. Die Frage, ob die Gegenvorstellungen mit solcher Kraft eingesetzt haben, dass der Täter bei normalem, geforderten Verhalten sie im Motivkampf hätte herrschend werden lassen können, ist nur zu beantworten unter Berücksichtigung verschiedener Faktoren, als Zeit, ererbter, angeborener oder erworbener körperlicher und geistiger Fähigkeiten, Temperament, Erziehung, Lebensgewohnheiten, überhaupt des gesamten Vorlebens des Individuums. Keiner dieser Faktoren kann wieder für sich allein ausschlaggebend sein, vielmehr werden sie in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen sein, wobei höchstens dem einen oder anderen besonders einflussreichen Faktor der Vorzug zu geben ist. Was nun die Zahl der Gegenvorstellungen betrifft, so kann eine bestimmte Anzahl nicht als Voraussetzung der Ueberlegung festgesetzt werden. Die von Haelschner angeführten Gegenvorstellungen erschöpfen deren mögliche Zahl nicht. v. Liszt[1]) führt noch die des Rechts, der Sitte, der Religion und der Klugheit an, ohne damit deren Umkreis genau bezeichnen zu wollen. Im Prinzip genügt es, wenn ein einziges Gegenmotiv auftritt, vorausgesetzt, dass es zu einem Ringen mit dem zur Tat treibenden Motive kommt. Es liegt dann gewissermassen ein Zweikampf der Motive vor. So würde man möglicherweise dann Mord annehmen, wenn A. den B. tötet, um ihn zu berauben, und wenn ihm bei der Ausführung dieser Tat nur die eine Gegenvorstellung zu Bewusstsein kommt, dass er das Geld des B. auch ohne das Verbrechen der Tötung erlangen könne, er aber erst nach heftigem Ringen diese Gegenvorstellung unterliegen lässt. Ob dieses eine Gegenmotiv genügt, kann freilich nur der Richter im einzelnen Fall erkennen. Die Wissenschaft muss sich damit begnügen, ihm ganz allgemeingültige Grundsätze an die Hand zu geben.

[1]) Lehrbuch § 83.

Gerade da, wo der Richter über Erhaltung und Vernichtung des Verbrechers zu entscheiden hat, wo er erwarten kann, dass ihm das Gesetz die erdrückende Verantwortlichkeit durch klare Bestimmungen erleichtert, wird ihm tatsächlich nur „die Empfindung dessen gegeben, was sich auf dem psychologischen Gebiete etwa „wie Ueberlegung" anfühlt".[1]) Die Entscheidung über Mord und Totschlag stellt sich unter diesen Umständen nicht dar als das Resultat methodischen Denkens, sondern sie beruht lediglich im „bon sens" der Geschworenen, der ja zumeist das Richtige treffen mag, hierfür aber keine Garantie bietet. Das Gesetz selbst hat diesen Zustand geschaffen, indem es zwischen den vorsätzlichen Tötungsverbrechen „durch einen logischen Kunstgriff"[2]) eine qualitative Sonderung trifft, als Merkmal der Scheidung indessen nur ein quantitativ sonderndes Merkmal gibt, dessen wahres Wesen noch obendrein gar nicht festzustellen ist. Von dieser Unterscheidung lässt sich dasselbe sagen, was Nypels[3]) zur Kritik des a. 303 des code pénal bemerkt: Quelle loi, grand Dieu, que celle qui prononce la peine de mort contre un crime que personne ne peut définir!"

2. In der Praxis. Das Fehlen einer exakten wissenschaftlichen Begriffsbestimmung muss der Richter um so drückender empfinden, als ihm die Erkennung des psychischen Verhaltens des Verbrechers an sich schon fast unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet. Es ist wiederholt[4]) darauf hingewiesen worden, dass sich der innere Vorgang der Bildung des Entschlusses dem richterlichen Auge entzieht. Nur der Verbrecher selbst – und auch er nicht immer – kann mit Sicherheit hierüber Auskunft geben. Fehlt es an einem Geständnis – und das müssen wir bei dem herrschenden akkusatorischen Verfahren als den Normalfall annehmen – so bleibt dem Richter nur

---

[1]) v. Holtzendorff. Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe S. 254.

[2]) v. Holtzendorff, ebenda.

[3]) code pénal Belge. Tome III, livre II, Tit. VIII No. 24.

[4]) John. Entwurf mit Motiven zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, Berlin 1866, S. 41ff.

ein Weg zur Erkenntnis: Der Schluss von dem durch die Beweisaufnahme gebotenen Tatsachenmaterial auf das Innerste des Täters. Gewiss sind ihm die Mittel der Tötung, die Art der Ausführung, der Zweck, dem die Tat diente, das Verhältnis, in dem der Täter zu seinem Opfer stand, Wegweiser auf dem Pfade der Erkenntnis des verbrecherischen Innenlebens, sie führen ihn aber nicht weiter als bis zum ersten Scheidewege, an dem sich die widersprechenden Triebkräfte des verbrecherischen Charakters kreuzen. Von da ab bis ins Innerste den richtigen Weg mit Sicherheit zu finden, setzt ein Studium der verbrecherischen Psyche und Natur und dementsprechend eine psychologische und psychiatrische Schulung voraus, die der Gesetzgeber beim Laienrichter unmöglich als gegeben voraussetzen kann. Ueberdies ist, wie John[1]) treffend ausführt, „die Ueberlegung in vielen Fällen ein von äusseren Umständen vollkommen unabhängiger autochthoner psychischer Vorgang. Die Ueberlegung, einmal begonnen, wächst, ohne dass dies irgendwie äusserlich wahrnehmbar zu sein braucht. Je reiflicher eine Sache überlegt ist, um so eher wird die einer solchen Ueberlegung entsprechende Handlung plötzlich dastehen. Nur da, wo unvollkommen, unverständiger überlegt ist, da wird die stattgehabte Gedankenoperation bald hier bald da in äusserlich wahrnehmbaren Spuren sich entdecken lassen.“ Die Indizien, die die Beweisaufnahme bietet, reichen daher zur Erkennung der tatsächlich aufgewendeten psychischen Tätigkeit nicht aus. Sie werden um so trügerischer sein, je besser der Verbrecher sein Inneres zu verschliessen oder gar zu verstellen weiss. Unter äusserer Ruhe kann sich zuweilen die heftigste leidenschaftliche Erregung verbergen, und umgekehrt kann ein heftiger Affekt erheuchelt sein. Aber selbst dann, wenn die Indizien das Innerste nicht verschleiern, sondern wiederspiegeln, auch dann ist häufig das Innere des Verbrechers noch nicht unzweideutig klargelegt. Ein Umstand, der dem einen Richter bestimmt auf Ueberlegung zu deuten scheint, sagt dem anderen in

[1]) John, Entwurf a. a. O. S. 48.

dieser Hinsicht vielleicht gar nichts, weil jeder Urteilende nur seine eigene psychische Qualität als Massstab für die zu beurteilende verbrecherische Psyche anzulegen geneigt ist.[1])

Diese Schwierigkeiten erwarten den Richter auch dann, wenn im übrigen der ausgesprochene Fall einer überlegten oder unüberlegten Tötung vorliegt. Es ist aber schon darauf hingewiesen worden, dass diese Fälle nicht die normalen sind. Der Uebergang von der überlegten zur nicht überlegten Handlung ist ein allmählicher.[2]) Ist nun die sichere Erkennung der „polaren" Erscheinungen von Ueberlegung einerseits und Nichtüberlegung anderseits schon schwierig, so muss sie bei den mittleren Erscheinungsformen, die nur nach dem „bon sens" als überlegt oder unüberlegt bezeichnet werden können, fast ausgeschlossen erscheinen. Das Urteil wird daher in vielen Fällen mehr vom Instinkt,[3]) als von bewusst klarer Erkenntnis des tatsächlichen psychischen Zustandes eingegeben sein.

Versagen so in vielen Fällen die Indizien als Mittel zur Erkennung des verbrecherischen Seelenlebens, so ist es nur zu natürlich, dass sowohl in der Voruntersuchung wie in der Hauptverhandlung nicht selten alle Mittel versucht werden, den Täter zu einer Offenbarung seines Innenlebens zu veranlassen. Es liegt ein tiefer Wider-

---

[1]) Es sei hier auf folgenden geistreichen Vergleich v. Holtzendorffs in seinem Vortrage: „Die Psychologie des Mordes" (in der Sammlung gemeinverständlicher wissenschaftlicher Vorträge, Berlin 1875, S. 6) hingewiesen:

„Sind die Lichtbilder, die der Sonnenstrahl mechanisch auf die Platte der Photographie vom menschlichen Antlitz abzeichnet, immer genau den Gesichtszügen des Urbildes entsprechend? Wenn es unähnliche Lichtbilder gibt, wie könnte man darauf zählen, dass die Nachtbilder der verbrecherischen Gesinnung durch die tausendfache Strahlenbrechung menschlicher Wahrnehmungen und Schlussfolgerungen, Empfindungen und Vermutungen, des Abscheus und des Mitleids in vollkommen richtigen und scharfen Umrissen vor den Blicken der Geschworenen enthüllt werden?"

[2]) Vgl. auch v. Kräwel im Gerichtssaal, Bd. XXXVIII, vor allem aber v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, Seite 251.

[3]) v. Holtzendorff, ebenda S. 257.

spruch darin, dass der Gesetzgeber einerseits es dem Verbrecher als sein gutes Recht zugesteht, über seine Tat zu schweigen, anderseits aber gerade da, wo dessen Existenz auf dem Spiele steht, dem Richter ein Kriterium an die Hand gibt, das zu einem dem inquisitorischen Verfahren sich nähernden Vorgehen herausfordert. Mit Recht fordert daher John:[1]) Entweder im Strafrecht die Prämeditation, dann aber ein auf inquisitorischen Prinzipien basierendes Strafverfahren, oder ein Strafverfahren, das auf akkusatorischen Prinzipien basiert, dann aber im Strafrecht keine Prämeditation.

Es sei endlich noch darauf hingewiesen, dass dann, wenn alle Umstände dafür sprechen, dass die Tötung mit Ueberlegung ausgeführt ist, nicht unbedingt die Zurechnungsfähigkeit des Täters gegeben ist. An sich ist allerdings die Frage nach der Zurechnungsfähigkeit bei den vorsätzlichen Tötungen eine gemeinsame, für die Praxis steht sie indessen mit der Frage nach Mord und Totschlag in einigem Zusammenhange. Es ist nicht zu verkennen, dass gerade die Wahl des psychologischen Kriteriums für die Praxis die Gefahr nahelegt, dass die Geschworenen die Frage nach der Ueberlegung mit der nach der Zurechnungsfähigkeit verquicken. v. Krafft-Ebing[2]) weist nachdrücklich darauf hin, dass es ein Irrtum des gesunden Menschenverstandes sei, wenn man meine, Prämeditation, List, kluge Berechnung der Umstände sei mit dem Bestehen der Geisteskrankheit unverträglich. Er warnt also davor, um der erwiesenen Ueberlegung willen sich der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit zu entschlagen. Noch bedenklicher liegt die Sache im Falle des Totschlags. Dieser setzt einmal Zurechnungsfähigkeit und damit Ueberlegung (im weiteren philosophischen Sinne) voraus und ist anderseits durch Nichtüberlegung (im engeren juristischen Sinne) charakterisiert. Es liegt nun unzweifelhaft die Gefahr nahe, dass die Geschworenen ohne die Existenz der vorsätzlichen Tötung grundsätzlich abzulehnen, die

[1]) Im Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund, Berlin 1868, S. 50.

[2]) Grundzüge der Kriminalpsychologie, II. Aufl. 1882, S. 16.

Frage nach der Ueberlegung deshalb verneinen, weil letztere in ihm wegen mangelnder geistiger Entwicklung – etwa Blödsinns – oder eines das Selbstbewusstsein in Frage stellenden Affekts nicht habe zur Entstehung kommen können. Zum mindesten ist es auch hier wiederum möglich, dass sie um der erwiesenen Nichtüberlegung willen sich der Frage nach der Zurechnungsfähigkeit entschlagen. Es ist zudem bei diesen Fragen zu berücksichtigen, dass die Motivierung des Spruchs nicht kontrollierbar ist.

3. In seinem Verhältnis zum Strafzweck. Auf Grund der vorhergehenden Erwägungen kommen wir zu dem Schlusse, dass dem Richter in dem Merkmal der Ueberlegung nicht das geeignete, klar scheidende und leicht erkennbare Kriterium der vorsätzlichen Tötungsverbrechen gegeben ist, wie er es bei der Bedeutung dieser Scheidung verlangen muss. Es soll nun im Folgenden untersucht werden, ob das Merkmal der Ueberlegung im Prinzip ein gerechtes ist.

Die Ueberlegung ist ein Strafbarkeitsmerkmal. Je nach ihrem Vorliegen oder ihrem Fehlen ist auf Todesstrafe oder kürzere oder längere Freiheitsstrafe zu erkennen. Die Strafe empfinden wir dann als gerecht, wenn sie der Schwere der Schuld entspricht. Sie erscheint uns alsdann als die naturgemässe Reaktion des Staates auf den vom öffentlichen Gewissen missbilligten schuldhaften Rechtsbruch[1]) Die Schuld des Täters sehen wir im bewussten pflichtwidrigen Handeln, die Schwere der Schuld in der Intensität des verbrecherischen Willens. Der verbrecherische Wille erscheint uns um so gefährlicher für die Allgemeinheit, je mehr ihn das Individuum seiner Persönlichkeit zu eigen gemacht und damit das Bewusstsein seiner Pflicht ertötet hat.

Es ist nun nicht zu verkennen, dass in vielen Fällen die bei der Tötung aufgewendete Ueberlegung einen hohen Grad moralischer Verwerflichkeit bedeutet, und dass anderseits das Fehlen der Ueberlegung häufig auf ein ver-

---

[1]) Vgl. hierzu Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage. Berlin 1897, S. 1 ff.

hältnismässig geringes Maass von Schuld schliessen lässt. Man denkt hier sofort auf der einen Seite an den Strassenräuber, der seinem Opfer auflauert und den ahnungslosen mit grösster Kaltblütigkeit niederschlägt, auf der andern Seite an den Hitzkopf, der im Wirtshausstreit nach seinem Gegner den tödlichen Streich führt. Man muss sich nur davor hüten, solche Fälle zu verallgemeinern. Man darf nicht unterstellen, dass die im Streit erfolgte Tötung sich notwendig als die Tat eines unbescholtenen, zu Gewalttätigkeiten im übrigen nicht neigenden Menschen darstellt, der sich vielleicht durch die Provokation des Gegners unter der Einwirkung übermässigen Alkoholgenusses hinreissen liess und im nächsten Augenblick, ernüchtert, voll Entsetzen über seinen unseligen Fehltritt zusammenbricht. Dieselbe – äusserlich gar nicht zu trennende – Tat kann einen ungleich schwereren Rechtsbruch darstellen. Man denke sich einen von Natur aus heftigen und gewalttätigen Menschen, der sich genau kennt, und der in einem von ihm selbst begonnenen Streit ohne Zaudern seinem Gegner – bis dahin sein Freund – das Messer in die Brust stösst. Was im obigen Fall ein Fehltritt ist, erscheint hier als Ausbruch der verbrecherischen Gesinnung. Beide Tötungen sind nicht mit Ueberlegung ausgeführt. Aber nur die erstere können wir entschuldigen. Die letztere erscheint uns als ungleich schwerere Verfehlung gegen die Rechtsordnung. Wir gelangen demnach zu dem Schluss: Die nicht mit Ueberlegung ausgeführte vorsätzliche Tötung steht in keiner festen Beziehung zur Grösse der Schuld.

Umgekehrt lässt die bei der Tat aufgewendete Ueberlegung nicht notwendig auf einen nur mit dem Tode zu sühnenden Rechtsbruch schliessen. Wer seinem Opfer auflauert, um es zu töten und zu berauben, beweist allerdings dadurch, dass er das Leben seines Nächsten geringer einschätzt, als seinen materiellen Vorteil, einen sittlichen Defekt. Derjenige aber, der den Verführer seiner Frau oder seiner Tochter tötet, kann seine Tat ebenso reiflich überlegt haben, und doch offenbart diese keinen sittlichen Defekt, sie erscheint vielmehr als ein Fehltritt, entsprungen

aus einem übermächtigen, ausgeprägten ethischen Gefühl. Die sittliche Qualität des Täters würde dann nicht höher einzuschätzen sein, wenn er die Tat sofort, ohne Ueberlegung ausgeführt hätte. Mit Recht weist v. Holtzendorff[1]) darauf hin, dass im Gegenteil vielfach die Ueberlegung auf eine höhere sittliche Stufe hindeute. Wir kommen demnach zu dem Schluss: Auch die mit Ueberlegung ausgeführte vorsätzliche Tötung hat keine feste Beziehung zur Grösse der Schuld.[2])

---

[1]) Die Psychologie des Mordes. In der Sammlung gemeinverständlicher wissenschaftlicher Vorträge, 1875, S. 38:

„Kann man wirklich sagen, dass der angebliche Mörder, dessen länger andauernde Gemütserregung mit Ueberlegung der Mittel ein Menschenleben zerstört, schändlicher und unsittlicher handelt als der Totschläger, der alsbald zur Tat schreitet? Ganz das Gegenteil kann eher der Fall sein. Während auf seiten eines in unbedeutender Veranlassung aufbrausenden Totschlägers die denkbar geringste Achtung vor menschlichem Leben vorhanden sein konnte, geschieht es bei anderen sogenannten Mördern, dass sie nach schwerer Verletzung ihres Ehrgefühls den ersten Gedanken der Tötung von sich zurückweisen, nach und nach in einem heftigen Ringkampfe mit ihrer Leidenschaft gegenüber dem stets wiederholten Andringen stärkerer Reize moralisch geschwächt werden und endlich dem Dämon des Verbrechens unterliegen, nachdem sie lange Zeit hindurch vergeblich gekämpft haben." Vgl. ferner derselbe in seiner Schrift: Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, S. 263: „Wer mit innerer Ruhe aus einem edlen Beweggrunde eine gesetzwidrige Tat begeht, steht sittlich höher da, als der Heissblütige, der aus nichtswürdigen Motiven zu derselben gesetzwidrigen Tat schreitet."

[2]) Es dürfte nicht ohne Interesse sein, darauf hinzuweisen, wie sich die positive Schule zu dem Merkmal der Ueberlegung stellt. Vgl. Garofalo. Criminologia, studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione, Torino 1885 (S. 428):

„La rapidità dell'azione non ha alcuna relazione con la natura emendabile dell'agente; essa può coesistere con la più completa mancanza d'istinti pietosi. Viceversa un omicidio premeditato può essere commesso da un delinquente fortuito."

Aehnlich auch Garrand, traité thèorique et pratique du droit pénal français. IV tome 1891 No. 213:

L'école positive fait remarquer, avec quelque raison, que le caractère du meurtrier ne dépend pas de la réflexion plus on moins prolongée qui a précédé son crime. La rapidité, la spontanéité de l'acte n'a qu'un rapport éloigné avec la nature corrigible de l'agent: elle n'est pas incompatible avec l'absence la plus complète du sentiment altruiste".

Das Merkmal der Ueberlegung erscheint demnach nicht geeignet, die Differenz der Schuld, wie sie sich in Mord und Totschlag zeigt, zum Ausdruck zu bringen. Es ist also als gerecht nicht zu erachten. Diese Empfindung beherrscht denn auch die Praxis der Geschworenengerichte: „Wo die Geschworenen in Gemässheit der Anklage das Schuldig wegen Mordes aussprechen, tun sie es meistenteils, weil in solchen Fällen die höchste Nichtswürdigkeit der Beweggründe in dem Täter vorhanden war. Umgekehrt ist es gewiss: die Geschworenen geben trotz vorhandener Ueberlegung kein der Anklage entsprechendes Verdikt, wenn die Ueberlegung mit edleren und besseren Motiven gepaart ist“.[1]) Ihre Urteile haben also eine starke moralische Tendenz. In der Tat kommen die Geschworenen in allen Fällen, in denen eine nicht mit Ueberlegung ausgeführte Tat von grosser Verwerflichkeit zeugt, oder in denen eine mit Ueberlegung ausgeführte Tat edleren Motiven entspringt, in die Zwangslage, entweder das Gesetz zu beugen, um ihrem Gewissen zu folgen, oder gegen ihre Ueberzeugung von der Schuld dem Gesetze Genüge zu tun.

Zum Schluss seien noch zwei statistische Daten für die Ungerechtigkeit des Scheidemerkmals angeführt:[2]) Einmal die Tatsache, dass nach einer französischen Statistik aus dem Jahre 1876 aus gleichen Motiven beinahe gleich viele Morde und Totschlagsverbrechen verübt werden, und weiter die Tatsache, dass in den Strafanstalten es nicht möglich ist, die Totschläger im allgemeinen psychologisch von den Mördern zu unterscheiden.[3])

Wir kommen auf Grund der vorstehenden Erörterungen zu dem Ergebnis, dass die Scheidung der vorsätzlichen Tötungsdelikte in Mord und Totschlag je nach der Feststellung einer überlegten oder unüberlegten

---

[1]) v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, S. 263.

[2]) v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, S. 266.

[3]) Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898, S. 516.

Tötung weder prinzipiell richtig noch praktisch durchführbar ist. Die Annahme der Motive[1]) „dass tatsächlich das Moment der Ueberlegung nur in den seltensten Fällen zu wirklichen Bedenken Veranlassung geben würde", ist eine irrige. Wenn sie von der Rechtsüberzeugung des gesamten Kontinents geteilt wird, so beweist das nicht die Güte des Kriteriums, sondern – wie Berner[2]) treffend bemerkt – nur soviel, „dass das Gesamtdenken in Europa den Standpunkt unseres Gesetzbuches nicht überschritten hat".

VI.

Die Todesstrafe und ihre Bedeutung für die Scheidung der vorsätzlichen Tötungsdelikte.

Es fragt sich nun, welchen Weg eine Reform der Bestimmungen über die vorsätzlichen Tötungsdelikte einzuschlagen hat. Hierzu ist in erster Linie zu bemerken, dass sie nicht denselben Ausgangspunkt haben darf, wie das bestehende System. Dieses hatte bei seiner Entstehung mit der Todesstrafe für den Mord als gegebenen Faktor zu rechnen und den Begriff nach der gegebenen Strafe zu bilden.[3]) Treffend bemerkt hierzu John:[4]) „Dass man für feststehende Strafmittel die geeigneten Verbrechen suchen müsste, das ist jedenfalls nicht die Aufgabe der Strafgesetzgebung, sondern umgekehrt, für gegebene Verbrechen sind die geeigneten Strafmittel

[1]) Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des Reichstages des norddeutschen Bundes, III. Bd. 1870, S. 70.

[2]) Lehrbuch des Strafrechts, (frühere Auflagen vgl. 9. Aufl. Leipzig 1877, S. 480 No. 1.

[3]) Vgl. Die Motive zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, im stenographischen Bericht über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, III. Bd. 1870, S. 70: „Die Beibehaltung der Todesstrafe für den Mord macht eine Begriffsbestimmung dieses Verbrechens notwendig."

[4]) Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund, 1868, S. 46.

zu suchen". Nach diesem Grundsatze werden also die vorsätzlichen Tötungsdelikte ihrer Schwere nach abzustufen und die Strafen hierzu nach dem Grundsatze der Verhältnismässigkeit zu suchen sein. Da nun zwischen den leichtesten und den schwersten Fällen der vorsätzlichen Tötung eine unendliche Reihe feiner Abstufungen in der Schuld besteht, müssen auch die Strafen so gewählt sein, dass von ihrer mildesten bis zur schwersten Anwendung stets ein allmählicher Uebergang möglich ist. Diese Reihe unterbricht indess die Todesstrafe durch einen jähen Strafsprung. Die nächstschwerste Strafe ist die lebenslängliche Freiheitsstrafe. Die Differenz zwischen ihr und der Todesstrafe ist, da uns jeder Massstab für den Wert der Lebenserhaltung fehlt, unermesslich. Die Freiheitsstrafe, auch die lebenslängliche, verhält sich daher zur Todesstrafe wie 1 zu ∞. In diesem Unterschied ist, solange die Todesstrafe für den Mord beibehalten wird, der tatsächliche Grund für die Unzulänglichkeit jedes die vorsätzlichen Tötungen scheidenden Kriteriums zu suchen.[1]) Die absolute Natur der Todesstrafe verhindert zudem jegliche Differenzierung innerhalb der Mordfälle, erscheint vielmehr als die eigentliche Strafe des Mordes mit denkbar geringster Verschuldung, während alle schwereren Fälle inkommensurabel bleiben. Weiteres über die innere Unhaltbarkeit der Todesstrafe anzuführen, hiesse nur, v. Holtzendorffs glänzende, erschöpfende Schrift[2]) abschwächen. Seit ihrem Erscheinen kann die Todesstrafe als Strafe des Mordes in der Wissenschaft als überwunden gelten. Damit ist allerdings ihr Schicksal noch nicht entschieden. Denn wie bereits in den Verhandlungen des Reichstages des norddeutschen Bundes über das be-

---

[1]) Vgl. v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, S. 244: „Es ist keiner Rechtswissenschaft und keiner Gesetzgebung der Welt bis jetzt gelungen, ein rechtlich brauchbares Merkmal zu finden, wonach die schwersten, vermeintlich todeswürdigen Tötungen von der nächst schwereren, nicht mehr todeswürdigen unterschieden werden könnten." Aehnlich John in v. Holtzendorffs allg. Strafrechtszeitung Bd. 6, 1866, S. 370 ff.

[2]) Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, Berlin 1875.

stehende Strafgesetzbuch betont wurde,[1]) ist die Frage über die Todesstrafe keine eminent juristische. Indessen weist die knappe Mehrheit, mit der die Beibehaltung der Todesstrafe beschlossen wurde,[2]) darauf hin, dass bereits damals bei einer grossen Minderheit der Volksvertretung die Ueberzeugung Platz gegriffen hatte, dass der kulturelle Zustand des Volkes diese Strafe entbehrlich mache. Sehen wir in diesem Ablehnen der Minderheit nicht nur „ein Zeichen kränklicher Sentimentalität der Zeit",[3]) sondern lediglich ein Zeichen dafür, „dass die Todesstrafe mit raschen Schritten ihrer Beseitigung entgegengeht",[4]) so können wir annehmen, dass bei einer Reform des Reichsstrafgesetzbuches der Gesetzgeber nicht mehr mit der Todesstrafe zu rechnen haben wird.

VII.

Frühere Vorschläge.

Die Vorschläge Johns[5]) und v. Holtzendorffs,[6]) sowie der russische und schweizerische Entwurf[7]) und das nun-

[1]) Rede des sächsischen Generalstaatsanwalts Dr. Schwarze in der Sitzung vom 28. Februar 1870 (S. 100 des oben angeführten stenographischen Berichts.)

[2]) Vgl. den stenographischen Bericht (S. 130):

In der II. Lesung stimmten für Beibehaltung der Todesstrafe 81, gegen Beibehaltung der Todesstrafe 118.

In der III. Lesung stimmten für Beibehaltung der Todesstrafe 127, gegen Beibehaltung der Todesstrafe 119.

Die letztere Abstimmung erfolgte unter dem Eindruck der Rede v. Bismarcks, der das Zustandekommen des Reichsstrafgesetzbuches von der Beibehaltung der Todesstrafe abhängig machte.

[3]) Vgl. ebenda Rede v. Bismarcks, S. 130.

[4]) Rede des Bundesratsbevollmächtigten Klemm in der Sitzung vom 28. Februar 1870 (vgl. den angeführten Bericht).

[5]) Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, 1868, S. 59.

[6]) Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, S. 275.

[7]) Die beiden Entwürfe, desgleichen die Vorschläge Johns und v. Holtzendorffs sind in einem besonderen Anhang am Schlusse dieser Abhandlung beigefügt.

mehrige neue russische Strafgesetzbuch[1]) kennen denn auch – mit Ausnahme der Strafe für gewisse politische Verbrechen – die Todesstrafe nicht mehr. Dieser Fortschritt ist ihnen gemeinsam. Im einzelnen ist zu den Vorschlägen und den Entwürfen kurz Folgendes zu bemerken:

1. Die Vorschläge Johns und Wachenfelds. Johns Vorschlag entfernt sich zu wenig von dem hergebrachten psychologischen Scheidemerkmal, als dass er Beifall verdiente. Er bezeichnet den Gattungsbegriff der vorsätzlichen Tötung als Mord und sieht im Gegensatz hierzu im Totschlag die durch das Merkmal des Affekts spezialisierte vorsätzliche Tötung. John wählt den Affekt als scheidendes Kriterium deshalb, weil dieser im Gegensatz zur Ueberlegung ein factum externum und deshalb leichter erkennbar sei und als Entlastungsmoment die Erbringung des Beweises mehr garantiere.[2]) Dem ist indessen entgegenzuhalten, dass der Affekt wie die Ueberlegung ein Vorgang des Innenlebens darstellt, der sich wie letztere in den Handlungen des Verbrechers äussern kann, aber nicht unbedingt muss. Für seine Erklärung reicht der äussere Anlass in vielen Fällen nicht aus, in vielen Fällen führt er ebenso irre, wie er es als Beweismittel der Ueberlegung tut. Zudem ist der Begriff des Affekts schon deshalb, weil letzterer bei fast keiner Tötungshandlung fehlt, ein äusserst schwankender[3]). Er dürfte, im Gesetz aufgenommen, ebenso wie der der Ueberlegung nicht im weiteren philosophischen Sinne aufgefasst, sondern müsste von diesem quantitativ verschieden, in spezifisch juristischen Sinne ausgelegt werden. Es haften demnach diesem Kriterium wesentlich dieselben Mängel an, wie dem der Ueberlegung. Wir haben überdies gesehen, dass der Affekt nicht notwendig auf das

---

[1]) Von 1903. Der Text ist, soweit er hier in Betracht kommt, gleichfalls im Anhang beigefügt.

[2]) Entwurf a. a. O. S. 50.

[3]) (Vgl. hierzu die Ausführungen Haelschners im Lehrbuch a. a. O. S. 38 Amm. 1.

Fehlen einer schweren sittlichen und rechtlichen Verschuldung hinweist.

Aus denselben Gründen ist auch der Vorschlag Wachenfelds[1]), der im wesentlichen mit dem Johns übereinstimmt, zu verwerfen.

2. Der Vorschlag v. Holtzendorffs. Einen bedeutenden Fortschritt stellt der Vorschlag v. Holtzendorffs dar. Er gibt die strenge, durch ein psychologisches Merkmal bestimmte Scheidung auf und weist den zur Tat treibenden Motiven ihren gebührenden Platz an. Mord und Totschlag werden auch in diesem Vorschlage unterschieden. Ersterer ist, wie bei John, der Gattungsbegriff der vorsätzlichen Tötung. Unter Totschlag wird mit einigen Abänderungen die durch schwere Provokation veranlasste vorsätzliche Tötung verstanden, wie sie bereits das Reichsstrafgesetzbuch im § 213 vorsieht. Der Totschlagsbegriff ist nicht weiter eingeteilt, dagegen sind qualifizierte und privilegierte Fälle des Mordes unterschieden. Die ersteren liegen dann vor, wenn die Tötung in gewinnsüchtiger Absicht, um eines rechtswidrigen Vorteils willen oder bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um sich der Entdeckung oder der Ergreifung zu entziehen, erfolgte. Damit ist einmal das unsittliche und rechtsverletzende Motiv und gleichzeitig die Gefährlichkeit des Rechtsbruches betont. Die bei der Ausführung aufzuwendende Ueberlegung ist mit Recht nicht berücksichtigt. Ihre gelegentliche Bedeutung für die Schwere der Tat ist damit nicht geleugnet. Sie ist nur zurückgesetzt zu einem

---

[1]) Die Begriffe von Mord und Totschlag a. a. O. S. 296. Der Vorschlag ist gleichfalls im Anhang wiedergegeben. Er weicht in drei Punkten von dem Vorschlag Johns ab:

a) Merkmal des Totschlags ist nicht der Affekt sondern die Erregung. Letzterer Begriff umfasst auser dem Zustande des Affekts noch die leidenschaftliche Gemütsbewegung. Diese weitere Fassung ist unzweifelhaft vorteilhafter.

b) Der Begriff des Mordes ist die durch das Fehlen der Erregung charakterisierte Tötung. Auch die Fassung Johns führt bei der Negativfeststellung des Affekts zur Fesstellung des Mordes.

c) Entschluss und Ausführung sind gesondert. Mit Unrecht. (Vgl. v. Liszt, Lehrbuch a. a. O. § 83 No. 1 Abs. 3).

Moment der Strafzumessung innerhalb des gegebenen Strafrahmens. Die qualifizierenden Momente des Mordes erschöpft der Vorschlag nicht. v. Holtzendorff selbst bemerkt hierzu [1]), dass sein Vorschlag nur das Grundprinzip der Scheidung der vorsätzlichen Tötungsverbrechen angibt. Die privilegierte vorsätzliche Tötung ist die durch eine schwere Beleidigung des Getöteten veranlasste. Auch hier bleibt sowohl das Moment der Ueberlegung, wie das des Affekts unerwähnt. Entscheidend ist, dass die Tat nicht der verbrecherischen Gesinnung, sondern einer äusseren Veranlassung entsprang.

Der Vorschlag enthält in seinen Grundzügen die Forderungen, die wir an eine Scheidung stellen müssen, welche den verschiedenen Graden sittlicher und rechtlicher Verschuldung Rechnung trägt.

VIII.

Der russische und der schweizerische Entwurf und das russische Strafgesetzbuch von 1903.

Auf dieser Grundlage bauen sich denn auch der russische und der schweizerische Entwurf, sowie das neue russische Strafgesetzbuch auf. Sie stellen an die Spitze den Gattungsbegriff der vorsätzlichen Tötung. Die Zahl der qualifizierten Fälle ist beträchtlich erweitert. Der russische Entwurf zählt deren neun, der schweizerische acht, das russische Gesetz sogar fünfzehn (aa. 454, 455, No. 1—13, 456). Massgebend sind für die Strafschärfung unedles Motiv (Gewinnsucht), verächtliche Ausführung (Grausamkeit, Hinterlist), Gefährlichkeit des Täters (Tötung durch Gift, im Rückfall, durch eine Bande, zur Verdeckung von strafbaren Handlungen, auf eine für viele gefährliche Weise), das Verhältnis des Täters zum Opfer (Verwandtentötung) und die Tötung bestimmter im Interesse der Allgemeinheit besonders zu schützender Personen. Die letztere Gruppe ist allerdings nur dem russischen Entwurf

[1]) a. a. O. S. 275.

und Gesetz eigen. Sie nimmt im Entwurf drei (a. 2 No. 1—3) im Gesetz vier (a. 455 No. 2—4 und a. 456) Positionen ein. Im schweizerischen Entwurf fehlt sie ganz. Die Abweichung ist offenbar in der tiefen Verschiedenheit der beiderseitigen Staatsverfassungen begründet.

Bei der Festsetzung der privilegierten Tötungsverbrechen sind die Entwürfe wieder auf das Merkmal des Affekts zurückgekommen. Der russische Entwurf und das Gesetz sprechen von „heftiger Gemütserregung", der schweizerische Entwurf von „leidenschaftlicher Aufwallung". Unseres Erachtens weist die von v. Holtzendorff angewendete Provokation auf das Fehlen der verbrecherischen Gesinnung mit grösserer Bestimmtheit hin, als der Zustand des Affekts. Der russische Entwurf und das Gesetz berücksichtigen allerdings in letzter Linie die Provokation auch noch, geben ihr aber durch das Moment der Ehrverletzung eine etwas andere Färbung und lassen dementsprechend Festungshaft zu. Eine wesentliche Erweiterung des v. Holtzendorffschen Vorschlages bietet der russische Entwurf dadurch, dass er das Moment der Erregung auch bei den qualifizierten Tötungen berücksichtigt und für diese Fälle des Zusammenfallens von Qualifikations- und Privilegierungsgründen einen eigenen Strafrahmen aufstellt. Es ist dadurch eine möglichst grosse Nüancierung der Strafe erreicht. Trotz dieses offenbaren Vorteils hat diese Bestimmung in das neue russische Gesetz nicht Eingang gefunden. Die bei Ueberschreitung der Notwehr begangene vorsätzliche Tötung ist gegenüber dem Reichsstrafgesetzbuch (§ 53 Abs. 3) im russischen Entwurfe insofern umfassender berücksichtigt, als sie in allen den Fällen straflos bleibt, in denen der gegnerische Angriff auf das Leben des Täters gerichtet war, und als nur Gefängnisstrafe angedroht ist. Das neue Gesetz geht noch weiter, indem es auch die Tötung in Abwehr der Notzucht straffrei lässt und im übrigen auch wahlweise die Festungshaft zulässt. Einen bemerkenswerten Fortschritt gegenüber der Reichsstrafgesetzgebung enthält die Bestimmung des russischen Entwurfs und des neuen Gesetzes über die Tötung auf Verlangen durch den Umstand, dass

die Festungsstrafe allein vorgesehen ist. Dass gleichzeitig Mitleid des Täters mit dem physischen oder psychischen Leiden des Verlangenden gefordert wird, erscheint bedenklich, weil beim Fehlen des Mitleids der Täter in die Reihen der schweren Verbrecher zurückgedrängt wird. Die Bestimmungen des a. 457 des neuen russischen Gesetzes sind der Reichsstrafgesetzgebung insoweit nicht fremd, als sie den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 9. Juni 1884 „gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen" entsprechen. Das russische Gesetz geht aber weiter, indem es die Vorbereitungshandlungen jeder vorsätzlichen Tötung und jedes Tötungskomplott mit Strafe bedroht. Diese sehr weitgehende Bestimmung mag in Staaten, deren Regierung die öffentliche Sicherheit nicht zu garantieren vermag, angebracht sein, für den modernen, in sich gefestigten Kulturstaat ist sie entbehrlich.

Die Unterscheidung von Mord und Totschlag ist vom russischen Entwurf sowie vom neuen Gesetz ganz aufgegeben. Der schweizerische Entwurf behält sie als Bezeichnung der qualifizierten und privilegierten Arten der vorsätzlichen Tötung bei, führt aber für letzteren Gattungsbegriff eine neue dritte Bezeichnung ein: Die Tötung schlechthin. Diese Dreiteilung entspricht allerdings, wie bei der Beratung der Expertenkommission mit Recht hervorgehoben wurde,[1]) dem Gedanken des Entwurfs am besten, indessen erscheint es fraglich, ob sie in das Bewusstsein der Allgemeinheit, die an die althergebrachte Zweiteilung gewöhnt ist, Eingang finden würde.

IX.

Vorschlag.

Nach unserer Auffassung kann die Zweiteilung ohne Nachteil für die Anordnung der Strafen beibehalten werden. Wir gehen davon aus, dass, ebenso wie im Vorschlag

[1]) Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896, S. 36. (Antrag Gretener-Gautier.)

v. Holtzendorffs unter Mord der Gattungsbegriff der vorsätzlichen Tötung zu verstehen ist. Wir unterstellen, dass die vorsätzliche Tötung schlechthin, auch dann, wenn sie nicht durch ausserordentliche Umstände qualifiziert erscheint, — also in ihrem Normalfall — von einem so starken verbrecherischen Willen zeugt, dass ihr die Bezeichnung „Mord“ zukommt. Im Totschlag sehen wir im Gegensatz hierzu die nur gelegentliche, durch besondere Umstände veranlasste vorsätzliche Tötung, die den Schluss auf eine dem Täter innewohnende verbrecherische Gesinnung nicht zulässt, sondern sich eben lediglich als eine gelegentliche Verfehlung darstellt. Wir vermeiden es, den Totschlag durch eine Bezeichnung zu charakterisieren, der diese gelegentliche Verfehlung präsumiert. Wir sahen schon, dass der Affekt mit verbrecherischer Gesinnung vereinbar ist. Auch die Provokation kann zu einer Tötung führen, die den Charakter einer gelegentlichen Verfehlung nicht hat. Die möglichen Anlässe, die eine solche verursachen, sollen nicht festgelegt werden, damit eine Einengung des Totschlagsbegriffes vermieden wird. Ob hiernach die Tat verbrecherischer Gesinnung entspringt oder nur den Charakter einer gelegentlichen Verfehlung hat, wird freilich nicht immer sicher zu erkennen sein. In solchen zweifelhaften Fällen bietet ein weiter Strafrahmen, der im Verhältnis zu den feinen Abstufungen beider Verbrechen angelegt ist, Ersatz.

Für Mord und Totschlag sind dieselben Qualifikationsgründe vorgesehen. Es entspricht dies, abgesehen von der Anordnung, dem russischen Entwurf. Es wird hierdurch die Möglichkeit geschaffen, besonders schwere Totschlagsfälle mit höherer Strafe zu belegen, als milde Fälle des Mordes.

Was die einzelnen qualifizierenden Momente anlangt, so sind folgende zu berücksichtigen:

I. Hinsichtlich des Motives:

Die Tötung in gewinnsüchtiger Absicht.

Dieses Moment ist in beiden Entwürfen und im russischen Gesetz berücksichtigt. Es entspricht, wie an-

fangs hervorgehoben, einer alten Rechtsanschauung. Implicite liegt es wohl schon gegenwärtig im Begriff der Ueberlegung und des Vorbedachts. Der Zusatz im v. Holtzendorffschen Vorschlag „oder um eines rechtswidrigen Vorteils willen" erscheint zu weit gehend, da dieses Moment nicht unbedingt auf ein unedles Motiv hinweist. Gegenwärtig kennt den Qualifikationsgrund bereits das Gesetzbuch des Kantons Tessin. (a. 288 c) (l'omicidio a fine di lucro). Der bestellte Mord (per mandato altrui) desselben Gesetzbuches (a. 288 d) fällt wohl fast ausnahmslos unter die Tötung aus Gewinnsucht.

II. Hinsichtlich der Art der Ausführung:

a) Die Tötung auf eine für den Getöteten qualvolle Weise.

Auch dieses Moment enthalten beide Entwürfe und das russische Gesetz. Der Ausdruck qualvoll[1]) erscheint bestimmter als die Bezeichnung „grausam". Er entspricht mehr dem im code pénal (a. 303) gebrauchten Ausdruck „tortures". Dem Reichsstrafgesetzbuch ist dieser Qualifikationsgrund nicht unbekannt (vgl. § 251).

b) Die Tötung, die heimtückisch erfolgt.

Weder der russische, noch der schweizerische Entwurf kennen diesen Qualifikationsgrund. Indessen hat er im neuen russischen Gesetz Eingang gefunden (a. 555 Ziff. 11 „aus einem Hinterhalt".) Er entspricht dem „guet-apens" des code pénal. Auch in diesem Moment finden wir, wie eingangs bemerkt, eine althergebrachte germanische Rechtsanschauung wieder.

III. Hinsichtlich der grossen Gefährlichkeit für die Allgemeinheit:

a) Die Tötung durch Gift.

Dieser Qualifikationsgrund ist in den meisten Gesetzgebungen berücksichtigt.[2]) Der code pénal (a. 301) bestraft schon die ohne Tötungsvorsatz begangene Vergiftung

[1]) Vorgeschlagen von Schütze im Gerichtssaal Bd. XXXVIII, S. 111.

[2]) Vgl. Strafgesetzbücher der Kantone Genf (a. 255), Freiburg (a. 123) Wallis (a. 219), Waadt, (a. 212), ferner ital. Strafgesetzbuch vom 30. Juni 1889 (a. 365 Ziff. 3.)

mit dem Tode, das Reichsstrafgesetzbuch (§ 229 Abs. 2) lässt für den gleichen Fall lebenslängliche Zuchthausstrafe zu. Der schweizerische Entwurf berücksichtigt ausserdem die Tötung durch Feuer oder Sprengstoffe, noch weiter geht der russische Entwurf (a. 2 No. 6) und das neue russische Gesetz (a. 454 Ziff. 8). In der Reichsstrafgesetzgebung fallen diese Verbrechen zum Teil unter die gemeingefährlichen, zum Teil sind sie besonders geregelt. Die Tötung durch Gift wird in den meisten Fällen mit der Tötung auf heimtückische Weise zusammenfallen. Doch ist der Fall denkbar, dass das Opfer – physisch oder psychisch – gezwungen wird, Gift zu nehmen.

b) Die Tötung, die in der Absicht erfolgt, eine strafbare Handlung zu erleichtern oder zu verheimlichen.

Dieses Moment ist wegen der grossen Gefährlichkeit der Tat bereits im preussischen Strafgesetzbuch (§ 178)[1]) und im Reichsstrafgesetzbuch (§ 214)[2]) berücksichtigt. Beide sprechen allerdings nur von der Tötung beim „Unternehmen einer strafbaren Handlung bezw. eines Vergehens oder Verbrechens". Diese Beschränkung ist aber nur mit Rücksicht darauf erfolgt, weil der Gesetzgeber die Tötung zur Vorbereitung einer strafbaren Handlung stets als Mord erachtete.[3]) Wie im Reichsstrafgesetzbuch, im code pénal (a. 304)[4]) und den beiden Entwürfen wird Kausalität zwischen der Tötung und der konkurrierenden strafbaren Handlung gefordert.[5]) Die Tötung, die begangen wird, um sich der Ergreifung auf frischer Tat zu entziehen,

[1]) Vgl. Goltdammer, Materialien a. a. O. II. Bd. S. 376 . . . „weil anzunehmen sei, dass der Täter ein für die öffentliche Sicherheit höchst gefährlicher Mensch sei."

[2]) Vgl. Motive zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund a. a. O. S. 70 . . . „wegen ihrer grossen Gefährlichkeit."

[3]) Vgl. Goltdammer, Materialien a. a. O S. 376.

[4]) Im code pénal ist der Grundsatz der Kausalität allerdings erst durch die Abänderung vom 28. April 1832 zur Geltung gekommen. Der Grundsatz der simultanité ist freilich nicht gleichzeitig ausgeschaltet. (Vgl. Nypels code Belge a. a. O. No. 25.)

[5]) Ebenso die Strafgesetzbücher der Kantone Graubünden (§ 92), Wallis (a. 222), Obwalden (a. 74), Tessin (a. 291c) und Appenzell (§ 81).

(§ 214 RStGB.), ist nach dem Vorgange des russischen Entwurfs „im Hinblick auf das der Handlung zu Grunde liegende Motiv der Selbsterhaltung“ [1]) als qualifizierter Fall nicht berücksichtigt.

c) Die Tötung von zwei oder mehrerer Personen.

Die Aufnahme dieses Momentes erscheint geboten mit Rücksicht auf die grosse Gefährlichkeit der Massenmörder, auf welche möglicher Weise ein anderes qualifizierendes Moment nicht anzuwenden ist. Die entsprechende Bestimmung des russischen Entwurfes (a. 2 Ziff. 5) ist in das neue russische Gesetz nicht aufgenommen, weil dessen a. 455 Ziff. 8 den Tatbestand des obigen Verbrechens in sich schliesst.

IV. Hinsichtlich der Person des Getöteten:

a) Die Tötung an einem Verwandten aufsteigender Linie.

Diese Vorschrift ist aus dem Reichsstrafgesetzbuch übernommen (§ 215). Massgebend für die Bestimmung ist „die unter allen Umständen in dem Verbrechen liegende tiefe sittliche Verschuldung“. [2]) Die Bedenken Johns [3]) und Mittermaiers [4]) erscheinen nicht stichhaltig. Auch bei zerrütteten Familienverhältnissen darf die sittliche Scheu vor den Eltern und deren Erzeuger nicht schwinden. Zu weitgehend erscheint es, das qualifizierende Moment auch auf die Tötung anderer Verwandten, insbesondere der Deszendenz und der Ehegatten (russisches Gesetz a. 455 Ziff. 1) oder gar von Personen, die in irgend einem Vertrauensverhältnis zum Täter standen, (russisches Gesetz a. 455 Ziff. 5) zu erstrecken. [5]) Die Tötung des unehe-

[1]) Vgl. Gretener a. a. O. S. 4.

[2]) Vgl. Motive zum Strafgesetzbuch a. a. O. S. 70.

[3]) Im Entwurf a. a. O. S. 432.

[4]) In Goltd. Arch. Bd. 2 S. 311.

[5]) Vgl. hierzu Henke, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik II. Teil 1826. Vgl. auch A. L.-R. §§ 873–877 und noch früher CCC a. 137: „an des Taters eygen Herrn, zwischen Eheleuten und nahe gesippten Freunden.“ Zu weitgehend auch Tessin (a. 291 a).

lichen Vaters fällt nicht unter diese Bestimmung[1]), wohl aber die des Adoptivvaters[2]).

Schon das römische Recht hatte die schwere sittliche Verschuldung des Elternmordes anerkannt. Im code pénal ist der parricide die schwerste Art des meurtre[3]). Indessen liegt zweifellos in dem Satze: „Le parricide n'est jamais excusable" eine allzugrosse Härte.

b) Die Tötung eines Beamten in Ausübung seiner Obliegenheiten oder in Veranlassung derselben.

Diese Bestimmung ist dem russischen Gesetz entnommen (a. 455 Ziff. 3). Sie findet sich im Prinzip auch in den Strafgesetzbüchern der Kantone Waadt (a. 212) Freiburg (a. 126) und Tessin (a. 288 e). Für die Aufnahme spricht nicht nur der Umstand, „dass die Beamten Anspruch auf besonderen Schutz ihrer persönlichen Sicherheit deshalb haben, weil der Staat von ihnen unbedingte Erfüllung ihrer Obliegenheiten, ohne Rücksicht auf persönliche Nachteile und Gefahren fordert",[4]) sondern auch die Rücksicht auf die Gefährlichkeit dieses Verbrechens für die öffentliche Sicherheit. Diese Tendenz ist dem Reichsstrafgesetzbuch nicht fremd.[5])

V. Die Tötung im Rückfall.

Dieses Moment ist im neuen russischen Gesetz berücksichtigt.[6]) Es deutet auf den sittlichen Verfall des Täters hin. Das Reichsstrafgesetzbuch kennt bereits Rückfallsverbrechen (§§ 244, 264, 261, 250 No. 5).

Damit ist die Zahl der qualifizierenden Momente erschöpft. Der schweizerische Entwurf sieht noch in der „Mordlust" ein besonderes qualifizierendes Moment. Aehnliche Bestimmungen enthalten von geltenden Gesetzen das Strafgesetzbuch von Tessin[7]) und das italienische vom

---

[1]) Vgl. § 1589 Abs. 2 B. G. B.

[2]) Vgl. § 1757 B. G. B.

[3]) a. 223.

[4]) Vgl. Gretener Entwurf a. a. O. S. 4.

[5]) §§ 113ff.

[6]) a. 455 Ziff. 7.

[7]) a. 291e ... „senz' altra causa che l'unpulso di brutale malvagita."

30. Juni 1889.[1]) Die Aufnahme eines derartigen Kriteriums verbietet sich, da wir in der Mordlust oder Bosheit – abgesehen von den pathologischen Fällen dieser Tötung – den Normalfall des Mordes sehen.

Mit der Aufnahme obiger Qualifikationsgründe kommen fast durchweg alte Rechtsanschauungen zur Geltung. Es sei hier nur noch darauf hingewiesen, dass sie zum grössten Teil bereits von v. Quistorp in dessen „Grundzügen des deutschen Kriminalrechts von 1794[2]) aufgezählt worden sind.

Als privilegierte Fälle des Totschlags sind entsprechend dem geltenden Gesetz die Fälle der provozierten Tötung (§ 213 St. G. B.) und die Tötung auf Verlangen (§ 216 St. G. B.) berücksichtigt. Indessen schien es am Platze, bei der provozierten Tötung nicht nur die Misshandlung oder schwere Beleidigung eines Angehörigen, sondern überhaupt jeder dem Täter nahestehenden Person in Betracht zu ziehen, ferner, entsprechend dem v. Holtzendorffschen Vorschlage, wahlweise die Festungshaft zuzulassen. Letzteres erschien auch bei der Tötung auf Verlangen angebracht, um so mehr, als diese Tat in vielen Fällen von der Beihilfe zum Selbstmord, die nach dem geltenden Recht straffrei bleibt, schwer zu unterscheiden ist.[3])

Der Kindsmord ist als besonderes Verbrechen, entsprechend der Fassung im Reichsstrafgesetz (§ 217) beibehalten.

Demgemäss erhält unser Vorschlag folgende Fassung:

Vorschlag.

§ 1. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird wegen Mordes mit Zuchthaus nicht unter 8 Jahren bestraft.

§ 2. Lässt die vorsätzlich begangene Tötung nicht auf eine verbrecherische Gesinnung des Täters schliessen,

---

[1]) a. 366 No. 3 (übers. von Teichmann in der Guttentagschen Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher) . . . „aus blossem Antrieb brutaler Ruchlosigkeit."

[2]) V. Aufl. Leipzig und Rostock, S. 323.

[3]) Vgl. Johns Ausführung im Entwurf a. a. O. S. 431.

sondern hat sie den Charakter einer gelegentlichen Verfehlung, so liegt Totschlag vor, der mit Zuchthaus von 3 bis 8 Jahren, bei Zubilligung mildernder Umstände mit Gefängnis nicht unter 2 Jahren zu bestrafen ist.

§ 3. Die vorsätzliche Tötung begangen:

1. in gewinnsüchtiger Absicht,
2. auf eine für den Getöteten besonders qualvolle Weise,
3. auf heimtückische Weise,
4. mittels Gift,
5. in der Absicht, eine strafbare Handlung zu erleichtern oder zu verdecken,
6. an zwei oder mehreren Personen,
7. an einem Verwandten aufsteigender Linie,
8. an einem Beamten in Ausübung seiner Obliegenheiten oder in Veranlassung derselben,
9. nachdem der Täter im Inlande bereits einmal wegen Mordes oder Totschlag bestraft worden ist, und die Strafe verbüsst hat,

wird im Falle des Mordes mit Zuchthaus nicht unter 12 Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus,
im Falle des Totschlags mit Zuchthaus von 6 bis 12 Jahren bestraft.

§ 4. War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem seiner Angehörigen oder einer ihm sonst nahestehenden Person zugefügte Misshandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch zur Tat hingerissen worden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 6 Monaten oder Festungshaft nicht unter 2 Jahren ein.

§ 5. Dieselbe Strafe trifft den, der durch das ausdrückliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist.

§ 6. Eine Mutter, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter 3 Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 2 Jahren ein.

X.
Anhang.

I. Johns Vorschlag.

(Vgl. Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den norddeutschen Bund 1868 S. 59.)

1. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, begeht einen Mord und wird mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

2. Wer vorsätzlich, jedoch im Affekt, einen Menschen tötet, begeht einen Totschlag und wird mit Zuchthaus bis zu 20 Jahren bestraft.

3. War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm selbst oder seinen Angehörigen zugefügte Misshandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten gereizt und dadurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden, so ist Gefängnis bis zu 3 Jahren zu erkennen.

II. Wachenfelds Vorschlag.

(Vgl. die Begriffe von Mord und Totschlag a. a. O. S. 296.)

1. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er den Entschluss nicht in der Erregung gefasst oder ausgeführt hat, wegen Mordes bestraft.

2. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er den Entschluss in der Erregung gefasst und ausgeführt hat, wegen Totschlags bestraft.

III. v. Holtzendorffs Vorschlag.

(Vgl. dessen Schrift: Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe. 1875. S. 275.)

1. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird wegen Mordes mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft.

2. Wer in gewinnsüchtiger Absicht, oder um eines rechtswidrigen Vorteils willen, oder bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um sich der Entdeckung oder Ergreifung zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe, in minder schweren Fällen nicht unter 12 Jahren bestraft. Dieselbe Strafe trifft den, der vorsätzlich einen Beamten in Ausübung seines Amtes tötet.

3. Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, von welchem er schwer beleidigt wurde, ist mit Zuchthaus oder Gefängnis nicht unter fünf Jahren zu bestrafen.

4. Wer ohne eigene Schuld zum Zorne gereizt und auf der Stelle zur Tat hingerissen, vorsätzlich einen Menschen tötet, der ihm oder einem Angehörigen oder einem Schutzbefohlenen eine Misshandlung oder schwere Beleidigung zufügte, wird wegen Totschlags mit Gefängnisstrafe oder Festungshaft nicht unter 6 Monaten bestraft.

IV. Der russische Entwurf

(vgl. Gretener, Strafgesetzbuch für Russland. Besonderer Teil Verbrechen gegen die Person, an der Hand der Motive übersetzt und erläutert. Berlin 1885. S. 1 ff.)

a. 1. Die vorsätzliche Tötung wird mit Katorga nicht unter acht Jahren bestraft.

a. 2. Die vorsätzliche Tötung, begangen

1. an dem Oberhaupte eines auswärtigen Staates,
2. an einem Religionsdiener bei Verrichtung des Gottesdienstes oder einer geistlichen Amtshandlung,
3. an einer Amtsperson bei der Ausübung ihrer Dienstobliegenheiten oder in Veranlassung derselben,
4. an der Mutter oder dem ehelichen Vater,
5. an zwei oder mehr Personen,
6. auf eine für das Leben oder die Gesundheit vieler gefährliche Art oder mit für das Leben oder die Gesundheit vieler gefährlichen Mitteln,
7. auf eine für den Getöteten grausame Art,
8. in gewinnsüchtiger Absicht,
9. in der Absicht, die Verübung eines anderen Verbrechens zu erleichtern,

wird mit Katorga auf unbeschränkte Zeit oder mit Katorga nicht unter zehn Jahren bestraft.

a. 3. Ist der Vorsatz der Tötung im Zustande einer heftigen Gemütserregung gefasst und ausgeführt worden, so tritt Korrektionshausstrafe nicht unter drei Jahren, in den in a. 2 bezeichneten Fällen Katorga bis zu acht Jahren ein.

Ist jener Zustand durch Gewalt oder durch eine Ehrverletzung von seiten des Getöteten hervorgerufen worden, so tritt Festungshaft bis zu sechs Jahren, in den in a. 2 bezeichneten Fällen Korrektionshausstrafe ein.

Der Versuch ist strafbar.

a. 4. Die vorsätzliche Tötung bei Ueberschreitung der Notwehr wird, sofern sie nicht zum Schutze des Lebens stattgefunden hat, mit Gefängnis bestraft.

a. 5. Die Tötung auf dringendes Verlangen des Getöteten und aus Mitleid mit demselben wird mit Festungshaft bis zu sechs Jahren bestraft.

V. Russisches Strafgesetzbuch von 1903.

(Uebersetzung von Prof. Gretener, dem Verfasser zum Zwecke dieser Arbeit gütigst zur Verfügung gestellt).

a. 453. Die vorsätzliche Tötung wird mit Kátorga nicht unter acht Jahren bestraft.

a. 454. Die vorsätzliche Tötung, begangen an der Mutter oder dem ehelichen Vater, wird mit Kátorga auf Lebenszeit bestraft.

a. 455. Die vorsätzliche Tötung, begangen

1. an einem Verwandten aufsteigender oder absteigender Linie, am Ehemann oder an der Ehefrau, an Bruder oder Schwester,
2. an einem Geistlichen bei der Verrichtung des Gottesdienstes oder einer geistlichen Amtshandlung,
3. an einer Amtsperson bei der Ausübung ihrer Obliegenheiten oder in Veranlassung derselben,
4. an einem Mitgliede der Wache, welche die geheiligte Person des regierenden Kaisers oder ein Glied des kaiserlichen Hauses beschützt, oder an einer Schildwache,
5. am Vorgesetzten oder am Herrn oder an Familiengliedern, die mit dem Herrn gemeinsam leben, oder am Dienstherrn, bei dem der Täter im Dienste stand, oder am Meister, bei dem der Täter in Arbeit oder Lehre sich befand, oder an einer Person, welcher der Täter seine Erziehung oder seinen Unterhalt verdankte,

6. von einer Bande,
7. im Laufe von fünf Jahren seit Verbüssung der Strafe wegen einer durch a. 453 456 vorgesehenen Tötung,
8. auf eine für das Leben vieler Personen gefährliche Art,
9. auf eine für den Getöteten besonders qualvolle Weise,
10. mittels Vergiftung,
11. aus einem Hinterhalt,
12. in gewinnsüchtiger Absicht,
13. in der Absicht, die Verübung eines anderen schweren Verbrechens zu erleichtern,

wird mit Kátorga auf Lebenszeit oder mit Kátorga nicht unter 10 Jahren bestraft.

a. 456. Die vorsätzliche Tötung des Oberhauptes eines fremden Staates wird mit Kátorga auf Lebenszeit bestraft.

a. 457. Die Vorbereitung zu einer der in a. 453 – 456 vorgesehenen Tötungen, oder die Teilnahme an einer zur Begehung einer vorsätzlichen Tötung eingegangenen Verbindung wird mit Gefängnis bestraft.

Wenn zur Verübung einer vorsätzlichen Tötung explodierende Stoffe oder Apparate hergestellt werden, so tritt Korrektionshausstrafe nicht unter drei Jahren ein.

a. 458. Die vorsätzliche Tötung, welche unter dem Einfluss einer heftigen Gemütserregung geplant und ausgeführt wurde, wird mit Kátorga bis zu acht Jahren bestraft.

Wenn eine solche Gemütserregung durch gesetzwidrige Gewalt an der Person oder durch eine schwere Beleidigung seitens des Verletzten hervorgerufen wurde, so tritt Korrektionshaus oder Festungsstrafe ein.

Der Versuch ist strafbar.

a. 459. Die vorsätzliche Tötung, begangen bei Ueberschreitung der Grenzen der Notwehr wird, sofern diese Tötung nicht zum Schutze gegen einen Angriff auf das Leben oder gegen Notzucht erfolgte, mit Festungshaft bis zu einem Jahre oder mit Gefängnis bestraft.

a. 460. Die vorsätzliche Tötung, begangen auf dringendes Verlangen des Getöteten und aus Mitleid mit demselben wird mit Festungshaft bis zu drei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

V. Der schweizerische Entwurf.

(Vgl. Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896 und Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betr. Einführung des schweiz. Strafgesetzbuch, Bern 1903, die erstere Fassung enthält nur den a. 52, der mit a. 60 der entgültigen Fassung übereinstimmt.)

a. 60. (52).

tung. Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus von 10 bis 15 Jahren bestraft.

ord. Tötet der Täter aus Mordlust, aus Habgier, unter Verübung von Grausamkeit, heimtückisch oder mittels Gift, Sprengstoffen oder Feuer, oder um die Begehung eines anderen Verbrechens zu verdecken oder zu erleichtern, so wird er mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

'ot- Tötet der Täter in leidenschaftlicher Aufwallung, so
hlag. ist die Strafe Zuchthausstrafe bis zu 10 Jahren.

a. 61.

tung Wer einen Menschen tötet, der ihn durch sein drin-
f Ver- gendes Verlangen dazu bestimmt hat, wird mit Gefängnis
ngen. von 1 Monat bis zu 5 Jahren bestraft.

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Ph., Die Entwicklung des Begriffes Mord bis zur Carolina. Erlangen 1877.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig. 9. A. 1877, 18. A. 1898.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Bes. Teil B. I. 1902. 2. A.

Binding, Die Normen und ihre Uebertragung. Leipzig 1877.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte II. Band im system. Grundbuch für deutsche Rechtswissenschaft (II, I). Leipzig 1892.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1901.

v. Buri, Zur Lehre von der Tötung in Goltdammers Archiv. B. 11 u. 12.

Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, Théorie du code pénal tome 1, 3, 4. Paris 1861 u. 63.

Corpus iuris civilis, ed. Krueger-Mommsen.

Corpus iuris Germanici, Ausgabe von Emminghaus. 2. A. Jena 1844.

Eisler, Rud., Wörterbuch der philosophischen Begriffe. 2. A. Berlin 1904.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. B. XXXII.

Garofalo, R., Criminologia, studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione. Torino 1885.

Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français. tome II et IV. Paris 1891.

Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1861.

Gengler, Germanische Rechtsdenkmäler, Leges, Capitularia, Formulae. Erlangen 1875.

Goltdammer, Die Materialien zum preussischen Strafgesetzbuche. 2. B. Berlin 1852.

Gretener, Strafgesetzbuch für Russland. Besonderer Teil: Verbrechen gegen die Person. Uebers. u. erläutert. Berlin 1885.

Gretener, Zum Entwurfe eines Militärstrafgesetzbuches für die schweiz. Eidgenossenschaft. Bern 1886.

Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage. Berlin 1897.

J. Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer. 4. Aufl. 2 Bände. Leipzig 1899.

Grolmann, Grundzüge der Kriminalwissenschaft. III. A. Giessen 1818.

Haelschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. II. B. I. Abt. Bonn 1884.

Henke, Ed., Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik. II. Teil. Berlin 1826.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1872.

v. Holtzendorff, Die Psychologie des Mordes. In der Sammlung gemeinverständlicher wissenschaftl. Vorträge. Berlin 1875.

v. Holtzendorff, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe. Berlin 1875.

Italienisches Strafgesetzbuch vom 30. Juni 1889, übersetzt von Teichmann in der Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung von Guttentag 1890.

Jarke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Berlin 1830. III. Band.

John, Die Bestimmungen der deutschen Strafgesetzbücher über Mord und Totschlag, in Fr. v. Holtzendorffs allgemeiner deutscher Strafrechtszeitung. B. 6. 1866.

John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund. Berlin 1868.

Köstlin, Die Lehre vom Mord und Totschlag. I. 1838.

v. Krafft-Ebing, Grundzüge der Kriminalpsychologie. II. A. Stuttgart 1882.

v. Kräwel, Im Gerichtssaal. B. XXXVIII.

Lex Salica, Ausgabe von Behrend. Weimar 1897.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 10. A. Berlin 1900.

Lombroso, Der Verbrecher. Uebers. von Fränkel. Hamburg 1887.

Lombroso, Neue Fortschritte in den Verbrecherstudien, übersetzt von Hans Merian. Leipzig 1894.

Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht. Berlin 1883.

Mayer, S., Zum Entwurf eines russischen Strafgesetzbuches in Goltdammers Arch. B. 34. 1886.

Merkel, A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Merkel, A., „Mord“ und „Totschlag“ in Fr. v. Holtzendorffs Rechtslexikon. III. A. Leipzig 1881.

Merzbach, Der Mord. Inaugural-Dissertation. Erlangen 1903.

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. III. A. Erlangen 1882. IV. A. 1888.

Mittermaier, Die Lehre vom Morde und Totschlage nach dem Preussischen Strafgesetzbuch in Goltdammers Archiv. B. II. 1854.

Th. Mommsen, Römisches Strafrecht im system. Handbuch für deutsche Rechtswissenschaft. I., 4. Leipzig 1899.

Nypels I.-j.-C., Le droit pénal français progressif et comparé. Bruxelles 1863.

Nypels I.-j.-C., Législation criminelle de la Belge ou commentaire et complement du code pénal belge. Bruxelles 1872.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. III. A. Berlin 1890. V. A. Berlin 1897.

Oppenhoff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. XIII. A. Berlin 1896.

Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., Textausgabe mit Noten. Halle 1716.

v. Quistorp, Grundzüge des deutschen kriminellen Rechts. V. A. 1794. Leipzig und Rostock.

v. Rothmund, Einiges über die Todesstrafe vom Standpunkt eines Arztes im Gerichtssaal. B. XXIX.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1892.

Sachsenspiegel, Ausgabe von Homeyer. III. A. Berlin 1861.

Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1902.

Schütze, R., Zur Kritik des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für Russland, besonderer Teil im Gerichtssaal. B. XXXVIII. 1886.

Schütze, Th. R., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. A. Leipzig 1874.

Schwabenspiegel, Textausgabe von Lassberg. Tübingen 1840.

Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. III. A. Leipzig 1873.

Stooss, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. II. B. Basel 1893.

Temme, Die Lehre von der Tötung. Leipzig 1839.

Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes 1870. Stenograph. Bericht. B. 1, 2, (Motive) 3 u. 4.

Vorentwurf eines Strafgesetzbuches für das kaiserl. japanische Reich, übersetzt von Anaharo Okada. Berlin 1899. In der Guttentagschen Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission. Bern 1896.

Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betr. Einführung des schweizerischen Strafgesetzbuches. Bern 1903.

Wachenfeld, Die Begriffe von Mord und Totschlag sowie vorsätzlicher Körperverletzung mit tödlichem Ausgang in der Gesetzgebung seit der Mitte des 18. Jahrhunderts. Marburg 1890.

Wachenfeld, Strafmass in Holtzendorffs Encyclopädie. 1904.

Wachenfeld, Die Ueberlegung in unserem heutigen Mordbegriff. Inaugural-Dissertation. Göttingen 1887.

Wilda, W. Ed., Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.

Wundt, Grundriss der Psychologie. 1896.

Wundt, Grundzüge der physiologischen Psychologie. V. A. III Bände. Leipzig 1902/03.

Lebenslauf.

Ich, Georg Opitz, aus Landeck i. Schl., katholisch, Preusse, bin am 6. Oktober 1877 in Landeck i. Schl. als Sohn des Mühlen- und Fabrikbesitzers Paul Opitz und seiner Gattin Anna, geb. Wehse, geboren.

Vorgebildet auf den Gymnasien zu Glatz und Patschkau, studierte ich nach Erlangung des Gymnasialreifezeugnisses – Ostern 1899 – 6 Semester Rechtswissenschaften, und zwar je 1 Semester an den Universitäten Freiburg i. B., Berlin und München, und 3 Semester an der Universität Breslau und besuchte die Vorlesungen, Uebungen und Seminare der Herren:

Birkmeyer, Brie, Brunner, Dahn, Dessoir, Fischer, Gierke, Gretener, Grueber, Jörs, Kauffmann, Kleineidam, Lassar, Leonhard, Lipps, Muther, Naeudrup, Oertmann, Pernice, Rickert, Rümelin, Schmidt, Schmoller, Schulze-Gävernitz, Schücking, v. Sicherer, Wagner und Wolf.

Am 4. Juli 1902 bestand ich die erste juristische Prüfung am Oberlandesgericht in Breslau, im Anschluss daran das examen rigorosum. Zu meiner Ausbildung war ich bisher überwiesen: dem Kgl. Amtsgericht in Reinerz,

dem Kgl. Landgericht in Ratibor, der Kgl. Staatsanwaltschaft in Hirschberg und dem Rechtsanwalt und Kgl. Notar Odersky in Breslau.

Es ist mir eine angenehme Pflicht, Herrn Professor Gretener, der die vorliegende Arbeit anregte, sie durch nachsichtigen Rat förderte und mir insbesondere die Uebersetzung der einschlägigen Stellen des neuen russischen Strafgesetzbuches zum Zwecke dieser Arbeit gütigst zur Verfügung stellte, an dieser Stelle meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.

Inhalt.

Seite

I. Einleitung. Uebersicht über die geschichtliche Entwicklung der Scheidung 1
II. Die Scheidung der vorsätzlichen Tötungsdelikte im Reichsstrafgesetzbuch und im code pénal 7
III. Das Kriterium der préméditation 14
IV. Ueberlegung und Affekt 22
V. Das Kriterium der Ueberlegung 27
1. in der Wissenschaft 27
2. in der Praxis 36
3. in seinem Verhältnis zum Strafzweck 40
VI. Die Todesstrafe und ihre Bedeutung für die Scheidung der vorsätzlichen Tötungsdelikte 44
VII. Frühere Vorschläge:
1. Johns und Wachenfelds 47
2. v. Holtzendorffs 48
VIII. Der russische und der schweizerische Entwurf und das russische Strafgesetzbuch von 1903 49
IX. Vorschlag 51
X. Anhang 59
XI. Literatur 65